

J. rom. f.

29^k

J. rom w.

23^h

Dupont

<36626456770018

S

<36626456770018

Bayer. Staatsbibliothek

E

EVERARDI DUPONT,

IN ACADEMIA LEODIENSI

JURIS CANDIDATI

DISQUISITIONES

IN COMMENTARIUM IV INSTITUTIONUM
GAJI, RECENTER REPERTARUM.

COMMENTATIO

PRÆMIO ORNATA

AD

QUÆSTIONEM AB ORD. JUR. CONS. ACAD. LEOD.
IN CERTAMINE LITTERARIO ANNI MDCCCXXI
PROPOSITAM, QUA POSTULATUR :

*Cum genuini Institutionum Gaji Jurisconsulti Commentarii
jam vulgati sunt ; disquiratur, quasnam debeamus huic
operi circa jus actionum et circa rationem procedendi in
causis privatis apud Romanos notitias hactenus desidera-
tas; quæ inquisitio ita instituat, ut judiciorum pri-
vatorum ordo historice illustretur. Indicetur denique in
quantum in hac juris parte Gajum secutus sit, vel ab eo
recesserit in suis Institutionibus componendis Justinianus.*

LUGDUNI BATAVORUM

APUD S. ET J. LUCHTMANS IN COMMISS.

MDCCCXXII.

Accedit, quo facilius cognosci possit jus civile, mira quædam delectatio : nam plurima est, et in omni jure civili, et in Pontificum libris et in XII Tabulis, Antiquitatis effigies, quod et prisca verborum vetustas cognoscitur, et ACTIONUM GENERA QUÆDAM Majorum consuetudinem vitamque declarant.

CICERO de Orat. lib. I. c. 43.

DOCTISSIMIS
ET CELEBERRIMIS VIRIS

JOANNI-GERARDO-JOSEPHO ERNST,

PETRO-JOSEPHO DESTRIVEAUX,

LEOPOLDO-AUGUSTO WARNKOENIG,

IN ACADEMIA LEODIENSI

JURIS PROFESSORIBUS

FACULTATIS JURIDICÆ

FUNDATORIBUS.

Bayrische
Staatsbibliothek
München

PRÆCEPTORIBUS SUIS

PERPETUO AMORE AC VENERATIONE
DIGNIS

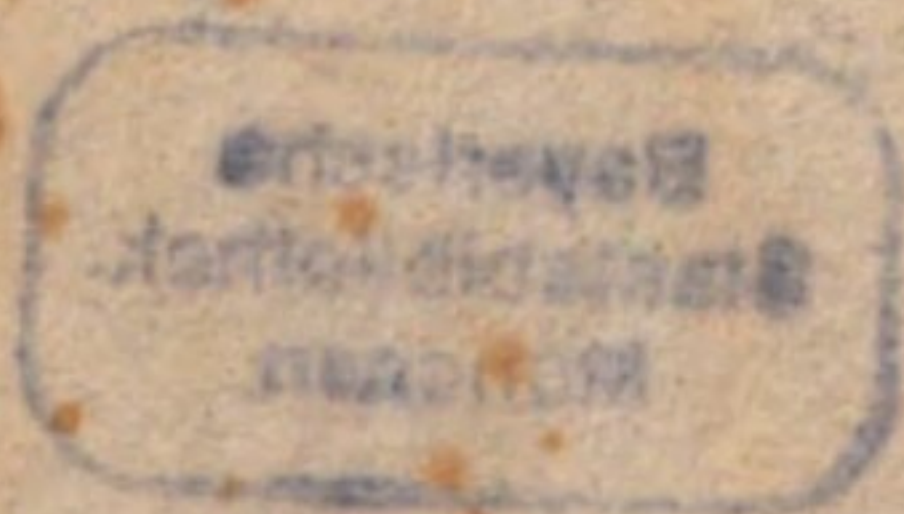
HOC QUALECUMQUE OPUSCULUM

TANQUAM

GRATI ANIMI MONUMENTUM

DEDICAT

AUCTOR.




VIRIS
DOCTISSIMIS, CELEBERRIMIS

JOANNI - GERARDO - JOSEPHO

ERNST,

PETRO - JOSEPHO

DESTRIVEAUX,

LEOPOLDO - AUGUSTO

WARNKÆNIG,

OBDINIS JURISCONSULTORUM

IN

UNIVERSITATE LEODIENSI

PROFESSORIBUS

S. P. D.

AUCTOR.

Vos in commentationis limine paucis ver-
bis alloqui me debere putavi, ut conamina
mea benevola mente dijudicaretis. Quantum

enim indulgentia Vestra mihi opus sit, quis est qui non fateatur, quando perpenderit innumeras difficultates, quibus quæstio ab ordine Vestro proposita, elegantissima quidem, hirsuta erat? Quot momenta diversa ea continebantur? Ne quid dicam de interpretatione codicis Gaji, cujus textus haud raro corruptus est, quanti laboris erat, demonstrare utilitatem et naturam rerum, quarum explicatio pendet ex consuetudinibus, quas ignoramus et quas, tanquam res suo tempore omnibus notas, Gajus omisit? Quot opera erant perlustranda, ut inquirendo ea, quæ nota erant, distingui possent notitiæ hactenus desideratæ, quæ in Gaji commentariis latitabant? Quomodo denique intra statuti temporis angustos fines propriis viribus recte decurrere latissimum campum, quem nemo, quem sciam, adhuc ingressus erat?

Me autem quamvis initio tot obstacula a progressu arcerent, non parum tamen accensus eram scriptis doctorum, qui proclamabant Gajum jam in lucem prodiisse, non tantum ad juris civilis, sed et ad omnium veterum disciplinarum utilitatem; auctoritate tamen Vestrum, qui hanc eruditam de Gajo quæstionem proposueratis, maxime permotus sum. Vos enim, viri clarissimi, videre mihi videbar juventutem studiosam his verbis continuo excitantes : *Agite jam juvenes, agite, Gaji commentarios nocturna diurnaue versate manu ! Jam toti incumbite ad hoc æternum decus, quod scilicet nec annorum series, nec flamma, nec ensis abolere potuit !*

Ita ad opus me contuli, persuasus exinde mihi veteris et solidæ jurisprudentiæ romanæ, cujus amore semper captus eram, ac-

a.

curatiorem cognitionem accessuram : persuasus etiam , si quid minus diligenter tractatum in commentatione mea inveniretur , Vos propter et juvenilem ætatem et operis difficultatem mihi facile condonaturos. Cæterum qualiscumque esse possit certaminis exitus , suscipiendo tam arduum et tam nobilem laborem , saltem judicii Vestri periculum tentasse juvabit.

RATIO

INQUISITIONUM MEARUM CIRCA QUÆSTIONEM PROPOSITAM.

ANTE omnia exponere me ordinem oportebit, quo quæstio mihi elaboranda visa est. Operæ pretium est enim, eam et accurate definire et suis singulis partibus distinguendo rite resolvere. Hac igitur investigatione suscepta, in quæstione quatuor momenta constitui, scilicet :

1°. Inquisitionem notitiarum hactenus desideratarum circa jus actionum.

2°. Eandem circa rationem procedendi in causis privatis apud Romanos.

3°. Comparisonem Institutionum Gaji et Justiniani secundum disquisitionem utramque instituendam.

4°. Illustrationem historicam ordinis judiciorum privatorum.

Pro diversis hisce momentis perscrutatus ea, quæ Gaji commentariis continebantur, commentationem meam in quatuor capita divisi.

CAPUT I : Partitum in duas sectiones, quarum altera ad legis actiones spectat, altera ad fictitias actiones.

CAPUT II : Doctrina formularum cum singulis

Institutionum Justineanearum titulis congruentibus in collationem allata.

CAPUT III : Præcipuæ comparationis causæ Gaj cum Justiniani Institutionibus maxime circa jus actionum.

CAPUT IV : Illustratio historica ordinis judiciorum privatorum.

Hoc ordine exposito, non inutile erit singulorum capitum rationem explicare, ut facilius ad commentationis lectionem accedi possit.

In capite primo, de legis deque fictitiis actionibus simul tracto, secutus conjunctionem ipsam, qua Gajus eas amplectitur in §. 10. lib. IV, qui respondet §. 3. Inst. de act., quo actiones dividuntur in civiles et prætorias ex duplici elemento, quo jus antiquitus constitutum erat apud Romanos. Legis actionum doctrina nobis exhibet circa procedendi rationem tempore legis XII tabularum notitias hactenus fere omnino desideratas. Quum hæc materia admodum obscura esset, ad ejus explicationem multa conjicienda fuerunt; ad res enim dubias et incertas illustrandas, quando probationes deficiunt, necessario statuendæ sunt conjecturæ. Fictitiæ actiones legis actionibus jungendæ erant, quum ad has fictionibus accommodarentur, ut in jure effectum haberent: præterea proditæ altero fonte juris romani, nimirum jure prætorio, legis actionum rigorem et subtilitatem temperabant.

In capite secundo dissero de formulis, quæ, abolitis legis actionibus, novam omnino constitue-

runt agendi normam in judiciis privatis. Interdicta formulis subnecto, quia, dum formulæ in usu erant, si ex interdicto iudicium constitueretur, formula iudici præscribenda, secundum ipsa interdicti verba concipiebatur. Quod argumentum tractans conservo ipsum Gaji titulorum ordinem, ut facilius horum cum Justinianeis titulis invicem collatio instituatur et ita minori cum labore percipiatur, quid a Justiniano mutatum, retentum, vel omissum sit. Ubi imperatoris manus appareat vel nonnunquam lateat, indicare semper mihi princeps cura fuit. Notæ criticæ ad Gaji codicem adjectæ a doctissimis editoribus me in hac comparatione instituenda plurimum adjuverunt; præter eas autem ipse, ut facile videre est, non raro hanc ad causam traxi multa tum antiquorum scriptorum, tum maxime Institutionum Justiniani vel Theophili loca, quæ mihi legendo occurrebant vel in mentem fortasse obveniebant: quandoque etiam ad explicationem ausus sum meas proponere conjecturas seu de textu corrupto restituendo, seu de lacunis implendis. In hoc capite mihi licuit complecti tria quæstionis propositæ momenta, indicando notitias hactenus desideratas tum circa jus actionum, tum circa rationem procedendi, instituendoque simul cum his rebus, maxime cum ordine judiciorum, comparationem Institutionum Justiniani.

In tertio capite, breviter colligo inter Gaji et Justiniani Institutiones omnes discriminis et similitudinis causas, quarum effectus diversos jam in singulis titulis capitis præcedentis, explicueram. Denique hic

appono unum de actionum divisionibus titulum, qui alienus formularum doctrinae, ab iis omnino separandus erat. Hic titulus mihi obtulit occasionem opportunam inquirendi, quatenus circa jus actionum Justinianus Gajum secutus sit, aut ab eo recesserit? Patet enim in diversis actionum divisionibus, de quibus in hoc titulo agitur, contineri universam de actionibus disputationem.

In quarto capite ordinem judiciorum historice, quod quaestio postulabat, exposui. In eo maxime fui, ut paucis verbis indicarem, qualem locum obtinuerint in ordine judiciorum res diversae, quarum cognitio hactenus desiderata erat, quarumque explicatio jam in superioribus capitibus fusius perscripta est. Ex scriniis Sigonii, Siccamae et aliorum, quos perlegeram, compilando quae jam ante Gajum nota erant, aberrare a quaestionis finibus praescriptis, neque utile neque laudandum putavi. Denique in hoc capite, quod est quasi summarium eorum, quae supra dicta sunt, designavi quomodo, pro varia actionum natura, actum sit tum per legis actiones, tum per formulas, tum per extraordinarias actiones, prouti diversis temporibus diversus fuerit procedendi modus in judiciis privatis apud Romanos.

CAPUT PRIMUM.

DE LEGIS ET FICTITIIS ACTIONIBUS.

§. I.

INTRODUCTIO AD LEGIS ET FICTITIAS ACTIONES.

INTER actionum divisiones principio commentarii quarti a Gajo enumeratas, cæteris curiosior et præstantior est ea, quæ in §^{pho.} 10^{mo.} proposita est, quum pertineat ad argumentum obscurum et difficile, cujus vix antea quidquam erat quod non desideraretur: spectat enim legis et fictitias actiones, ex quibus apud veteres nonnisi paucissima passim supererant vestigia. De legis actionibus scriptum est quidem a *Sigonio*, *Brissonio*, *Heineccio* ac nuperrime a *Laurens Elisa Ram* (1) et a clarissimo viro *Berriat-St.-Prix* (2) in opere, quod, Gaji codice jam publicato, hoc anno edidit: horum vero omnium opiniones plerumque a vera legis actionum natura adeo alienæ sunt, ut hæc materia de novo elaboranda sit. Non minus densis tenebris involutum est argumentum fictitiarum actionum, quarum nomen nonnisi in Ulpiani frag-

(1) Specimen antiquario-juridicum de legis actionum origine et progressu, auctore Laurens Elisa Ram, Rheno-tra-
jecti, 1804.

(2) Histoire du droit romain, Paris 1821.

mento XXVIII, §. 12 obiter occurrit, ut vix earum significatio definiri potuerit : nec sunt, quos sciam, scriptores qui de hisce aliquid disseruerint. Necessarium itaque duxi, collatis veterum testimoniis, in utramque antiqui juris partem ex Institutionibus Gaji nuper repertis non parum illustratam, diligentius inquirere.

Antequam seorsim de legis et fictitiis actionibus tractem, pauca dicenda sunt de ratione divisionis §i. 10. Gaj. IV, quæ his verbis concipitur: "*Quædam præterea sunt actiones, quæ ad legis actionem exprimuntur; quædam, quæ sua vi ac potestate constant.*" Quorum verborum sententia sequens esse videtur: quædam actiones sua vi ac potestate sine fictione constant, *actiones legitimæ*: quædam contra XII. Tabulas aliquid statuentes, per fictionem exprimi debent, ut valeant, ad hanc vel illam rationem agendi ex lege, ad tales causas non proprie constituta, *actiones fictitiæ, a prætoribus introductæ*. Ex hac interpretatione, quæ omnino confirmatur §º. 33 Gaji IV, (1) patet,

(1) Nulla autem formula ad conditionis fictionem exprimitur. Sive enim pecuniam, sive rem aliam certam debitam nobis petamus, cum ipsam dari nobis oportere intendimus, nullam adhibemus conditionis fictionem. Itaque simul intelligimus eas formulas, quibus pecuniam aut rem aliquam nobis dari oportere intendimus, sua vi ac potestate valere. Ejusdem naturæ sunt actiones commodati, fiduciæ, negotiorum gestorum, et aliæ juris civilis innumerabiles. Gaj. IV. §. 33.

Gajum per hanc actionum divisionem voluisse, ratione originis, diversam actionum naturam ostendere, indeque ea exponere, quæ respondent §. 3. Inst. de Act., in quo actiones in civiles et prætorias dividuntur. Hic §. Inst. meam non parum adjuvat opinionem, quum post actionum generalem divisionem in principio libri IV, fere eodem loco propositus sit, ut videatur e Gajo in Institutiones aliis verbis translatus.

Quum autem duplex sit genus fictitiarum actionum, (1) dubium quidem oritur, utrum actiones ad legis actionem expressæ pertineant ad utrumque fictitiarum actionum genus; an potius restringendæ sint ad prioris speciei fictionem, sicuti in fictione pignoris capionis (2), exclusis alterius generis fictionibus : hæc difficultas resolvitur interpretatione verborum *legis actio*, quum ad legis actionem exprimantur actiones fictitiæ : vocabulum autem *legis actio*, quamvis plerumque ostendat formam, qua celebrantur actiones legitimæ; attamen hoc quoque nomine quandoque continentur ipsæ actiones juris civilis, quæ per hanc vel illam agendi formam exercentur. Præterea verosimile non est, Gajum dividendo, enumeratis multis fictionibus, ex unica alterius generis fictione generalem condidisse divisionem. §. 32. 34. Gaj. IV.

Ut manifestum fiat actiones ad legis actionem

(1) Gaj. IV. §. 34.

(2) Gaj. IV. §. 32.

expressas fictitias et prætorias esse; alias vero, quæ sua vi ac potestate constant, actiones legitimas, quædam de duobus juris fontibus apud Romanos præmittenda sunt.

Duo præcipui juris antiqui fontes fuerunt. 1°. Jus civile (ad quod pertinent leges.) 2°. Edictum Prætoris.

Actiones legibus proditæ, sua vi ac potestate constant, quia leges voluntate omnium civium constitutæ, per semetipsas, quin fictio necessaria sit, omnes cives devinciunt ad observanda ea, quæ leges jubent.

Aliud autem in iis actionibus prætoriis, quæ jus civile impugnabant: Prætores enim constituti juri dicundo (1), quin apud eos videretur contra leges jus novum introducendi potestas, in eo tamen assidui erant, ut legis XII Tab. capita, ex suo rigore et aliis causis præsentibus necessitatibus non amplius congruentia, favente populo, tacite abrogarent, revocando ea quæ iniqua erant ad æquitatis normam. Ut autem proprio arbitrio sic jura condendo nihil moliri, sed semper inniti præceptis juris civilis viderentur, actiones dabant per fictiones; erat ergo ab ipsis immutandum factum; ut hæc vel illa legis actio ei applicaretur, quod fiebat illud exprimendo ad similitudinem casus legis, ex qua hæc descendeat. Inde factum est, quum pars actionum prætoriarum fictionibus indigeret, ut hæc prætoriæ ac-

(1) L. 7. §. 1. D. de jur. et just.

tionēs fictitiæ appellarentur et legitimæ fictitiis opponerentur apud Ulpianum et Gajum loc. sup. cit.

Ex hisce sequitur, Gajum per hanc legitimarum et prætoriarum actionum definitionem exponere voluisse differentiam, quæ intercedebat inter jus prætorium et jus civile, ratione diversæ auctoritatis, qua utrumque jus tunc temporis distinguebatur, quod pugnare mihi videtur præter et multa alia argumenta (1) contra opinionem interpretum, qui existimant sub Hadriano edictum perpetuum factum fuisse et vim legis recepisse, quum gravissimum hoc discrimen inter jus prætorium et jus civile ex hisce deprehendatur etiam tempore, quo scripserit Gajus, qui, imperatore Antonino Pio jam mortuo, commentarios suos composuit. Gaj. II. §. 195. (2)

Hisce tum de legis, tum de fictitiis actionibus generaliter præfatis, transeamus necesse est ad priorem capitis sectionem, nimirum ad doctrinam de legis actionibus.

(1) Vide notam 35 ad opus quod notis illustratum nuper vulgavit Clr. Warnkœnig, professor Univ. Leod. Précis de l'Histoire du Droit Romain, de Gibbon. Liège 1821.

(2) Quæ de Hadriani sæculo interpretes dixerunt, vera sunt de Justiniani tempore, quo fictitiæ actiones, ex sanctione juris prætorii ab hoc Imperatore facta, directæ et sua vi ac potestate, sicut jus civile ipsum, constiterunt: hanc ob causam sub hoc Imperatore nomen fictitiarum actionum sublatum est, et Gaji divisio ad novam juris conditionem accommodata, alio modo expressa fuit in §. 3. I. de Act.

§. II.

DE LEGIS ACTIONIBUS.

A.) *Legis actionum natura.*

Legis actiones sunt formæ solennes agendi in jure, legibus Romanorum antiquissimis proditæ, certisque verbis celebrandæ coram Magistratu ab iis, qui ex lege aliqua jus suum persequuntur.

Legis actiones, constituentes modum procedendi in causis contentiosis secundum legem XII Tab., tractæ sunt etiam ad actus voluntariæ jurisdictionis coram magistratu celebrandos. In legis actionibus non solum continentur, uti vulgo existimant interpretes, verborum conceptiones, quibus actio exprimitur, sed ipsi actus solennes, diversi litis processus, per quos agitur ad judicium seu instituendum seu exsequendum auctoritate Prætoris, apud quem erat et jurisdictio et imperium. Inde secundum illius muneris divisionem dividi quoque possunt, quæ extant, quinque legis actionum species, quarum aliæ ad jurisdictionem pertinent: ut 1º. Sacramentum. 2º. Condictio. 3º. Judicis postulatio; aliæ ad imperium: ut 4º. Manus injectio. 5º. Pignoris capio. Legis actiones non spectant ea, quæ in judicio, sed ea, quæ in jure ad litem cognoscendam coram Præторе celebrantur (1); distin-

(1) Excipienda pignoris captio, de qua postea accuratius tractabitur. *Pignoris captio extra jus peragebatur, i. e., non apud prætorem, cum alioquin cæteris actionibus non aliter uti possit, quam apud prætorem.* Gaj. IV. §. 29.

guuntur enim ea, quæ in jure exercentur ab iis, quæ in judicio obtinent, quum res ad judicem delata non sit, nisi quando jam in jure litis conditio et forma a Magistratu ordinata fuerit, ut facilius sit litis exitus.

In legis actionibus commode separari possunt, quæ pertinent ad formam agendi, ab iis, quæ pertinent ad verborum conceptiones.

Quoad formam agendi, quæ in legis actionibus usurpabantur, observandum est, plurimas earum, veluti, manuum conserctionem, vim festucariam, manus injectionem, pignoris captionem, esse imagines eorum, quæ obtinent, quando homines, in statu naturæ viventes, inter se disceptant et ab aliis vi et violentia sua sibi vindicant, quod quidem legis actionum antiquitatem mire comprobat: inde et sæpe apud veteres occurrit comparatio inter vim festucariam et vim armatam; vis festucaria enim pugnae imaginem offerebat, et hanc ob causam plures interpretes crediderant Romanos antiquitus omnes controversias gladio decidisse (1). Qui omnibus veteris reipublicæ rigor inhærebat,prehenditur etiam in formis lege agendi, quod satis superque indicat manus injectio, ex qua debitor ob æs alienum non solum in vincula poterat conjici. Gaj. IV. §. 21.

Conceptionibus verborum, quibus celebrabantur

(1) Gell. lib. XX. c. 10. — Merlin, RÉPERTOIRE, verbo PROCÉDURE.

legis actiones , odiosa inerat subtilitas ; formulam enim secundum ipsa verba legis , ex qua descendebat actio , litigantes concipere debebant , ne causa caderent. (1) Hæc sic exprimit Gajus. « *Actiones, quas in usu veteres habuerunt, legis actiones appellabantur —, quia ipsarum legum verbis accommodatæ erant et ideo immutabiles proinde atque leges observabantur. Unde eum, qui de vitibus succisis egisset, ut in actione vites nominaret, responsum fuit, rem perdidisse, quia debuisset arbores nominare eo, quod lex XII. Tab., ex qua de vitibus succisis actio competeret generaliter de arboribus succisis loqueretur.* Gaj. IV. §. 11. Ex hisce perspicuum est, quantum periculum fuerit lege agendi, quum, si in formula concipienda verbis errasset actor, litem perderet (2). Eo difficilius fuit rite agere, quo sæpius litigantes non satis cognoscebant legem, ex qua orta erat actio, ut ad generaliore[m] ejus formulam causam litis singularem accommodarent : inde necessitas consulendi Jurisconsultos, quoties lege agebatur, indeque postea odiosiores factæ sunt legis actiones. Gaj. IV. §. 30.

Præter hanc difficultatem requirebantur et aliæ conditiones, ut legis actio rite institueretur : hæc sic breviter describuntur a Quintiliano, cujus, quamvis de formulis hoc loco loqui videatur,

(1) Dionys. Hal. IV. c. 3.

(2) Cicero, de oratore. Lib. I. c. 37.

tamen et ad legis actiones oratio trahenda erit.

« *In omnibus fere causis in quibus cecidisse quis formula dicitur, hæ sunt quæstiones : an huic, an cum hoc, an hac lege, an apud hunc, an hoc tempore, liceat agere* (1).

1°. Si quæritur, an huic, an cum hoc liceat lege agere, in utroque casu eadem est responsio, scilicet : exceptis pupillis et mulieribus, quibus necessarius est tutor, nemo alieno nomine lege agere potest : inde verosimile est, vigentibus legis actionibus, neque per procuratorem, neque per cognitorem actum fuisse (2).

2°. Oportet jus, quod persequimur, ortum sit ex lege, secundum quam formula concepta est, alioquin error adest et causa cadimus. Ad jus prætorium non nisi per fictionem extendebantur legis actiones, quæ proprie pertinebant ad jus legibus vel moribus saltem antiquissimis introductum. Gaj. IV. §. 26.

3°. Oportet, præsentem utroque litigante, lege agatur apud magistratum, lege expressim constitutum (3) : nimirum, antiquitus apud Consulem et deinceps apud Prætorem : inde legatus Prætoris non habet hanc jurisdictionem (4).

(1) Quint. Inst. orat. lib. III. c. 8.

(2) L. 123. D. reg. juris. — Gaj. IV. §. 82. I. §. 184. — Ulp. tit. XI. §. 27.

(3) Excipienda pignoris capio, quæ extra jus, absente adversario peragi potuit. Gaj. IV. §. 29.

(4) L. 2. §. 1. D. de off. proc. L. 3. C. eod.

4^o. Legis actiones nec diem, nec conditionem (1) admittentes, diebus fastis rite quidem, diebus vero nefastis minime instituebantur; diebus intercisus non nisi ex parte: dierum vero singulorum cognitio fuit antiquitus penes pontifices, ex quibus constituebatur, quis præesset quoquo anno judiciis privatis ad dierum rationem rite observandam, ut pontifices ex voluntate sua impedire potuerint, ne quis jus suum statim persequeretur. L. 2. §. 6. D. I. 2.

Præter contentiosam jurisdictionem, ad quam proprie pertinent, legis actiones et ad voluntariam jurisdictionem referendæ videntur contra ea, quæ defendit *D. Ram* (2).

Actus enim voluntariæ jurisdictionis nil sunt nisi fictiones solennitatum in contentionibus celebratarum: sunt autem, cessio in jure, adoptio, manumissio, emancipatio, tutela cessitia. Hæreditatis aditionem, repudiationem et alios actus, quos *legitimos* vocare consuevimus, silentio prætereo, quia hi nil sunt nisi negotia quædam privata, vel domi inter privatos vel fortasse in jure apud magistratum agi solita, quum contra hæc sit legis actionum natura, ut in jure apud magistratum semper instituantur (3).

Omissis itaque his actibus, quos *legitimos* inepte

(1) Quamvis id non sequatur ex hac lege 77. D. de regulis juris, quæ huc trahenda non videtur, tamen ipsam in ejusmodi causis procedendi rationem, conditionem et diem non permittere perspicuum est.

(2) Dissert. laud. p. 7.

(3) Gaj. IV. §. 29.

dixit Tribonianus fortasse propter quamdam horum cum actionibus legitimis affinitatem (1), redeamus ad actus voluntariæ jurisdictionis, coram magistratu necessario peragendos, probaturi eos esse legis actiones.

Respiciendo ad diversas solennitates in cessione in jure celebratas, facile videre est easdem quoque in cæteris actibus voluntariæ jurisdictionis usurpatas fuisse; cum emancipatio, adoptio, tutela cessicia, manumissio nihil sint, nisi cessio juris in persona nostræ potestati subjecta a patre, a tutore vel domino facta filiofamilias, seu extraneo, seu servo. Inde hi actus conficiebantur cessione in jure, quod erat modus acquirendi res incorporales, ad quas omnia hæc jura referenda sunt. Cessio autem in jure deprompta est a contentiosa, ut ad voluntariam jurisdictionem accommodaretur: sicuti enim, ex duabus personis legis actione sacramento contententibus, si una vindicante altera præsens tacet vel non negat vindiciam adversarii, pro confesso habetur et res, de qua controversia est, in perpetuum vindicanti addicitur: sic ex duabus personis, quarum una voluntarie aliquod jus cedere cupiebat, altera ad litis fictæ imaginem agebat id vindicando, quod ei, cum taceret cedens, a Præ-tore addicebatur. Cessio autem in jure hoc modo celebrata, teste Gajo, (2) erat legis actio: atqui

(1) L. 77. D. de reg. juris.

(2) Gaj. II. §. 24.

per hanc legis actionem, non ad contentiosam, sed ad voluntariam jurisdictionem pertinentem, coram Prætore perficiebantur cæteri actus voluntariæ jurisdictionis, scilicet : emancipatio, adoptio, tutela cessicia, manumissio; patet igitur et hos actus, sicuti et ipsa in jure cessio, legis actiones fuisse. Imo per cessionem in jure institutam fuisse adoptionem, cujus ratio non diversa est a ratione cæterorum actuum verbis expressis significat A. Gellius : *« adoptantur liberi, cum a parente, in cujus potestate sunt tertia mancipatione ceduntur, atque ab eo, qui adoptat, apud eum, apud quem legis actio est, vindicantur »*. Lib. V. c. 19. eodem modo manumissio erat fictio controversiæ circa hominis libertatem in causa liberali, in qua dicis gratia lictor adsertoris personæ loco erat (1). Huc etiam pertinent varia corporis juris romani fragmenta, ubi sub legis actionum nomine veniunt actus legitimi (2).

Si quæeratur, unde factum sit, ut Gajus de legis actionibus expressim tractans, excepta Com. II. §. 24 memorata cessione in jure, cæteros actus sub nomine legis actionum non acceperit, prompta est responsio : Gajus in legis actionibus non respexit

(1) Vid. Gaj. IV. §. 14. — l. 23. D. de manum. vind. — Bæthius ad Topic. Cic., ubi hæc verba leguntur : *Vindicta vero est virgula quædam, quam lictor manumittendi servi capiti imponens, eundem servum in libertatem vindicabat, dicens quædam verba solennia*

(2) L. 4. D. de adopt. l. 2. §. 1. D. de Off. Proc. l. 3. cod. Nov. 81. præf.

nisi ea, quæ erant contentiosæ jurisdictionis; cum, quæ sunt voluntariæ aliena sint rationi, quam sibi in IV Commentario proposuit: fortasse etiam actus illos silentio præteriit, quod legis actio sacramenti generalis est et pertinet ad quamcumque legis actionum speciem instituendam, modo lege cautum non sit, ut aliter agatur (1).

Hoc etiam non parum adjuvat opinionem, quam defendo, quod scilicet usus formularum in controversiis celebratarum, quæ eædem erant in actibus voluntariæ jurisdictionis, nullam significationem rationi consentaneam admittat, nisi interpretemur eas tanquam fictiones solennitatum contentiosæ jurisdictionis, unde origo, finis et utilitas illarum facile intelligitur. Neque quidquam magis naturale est, quam hæc extensio solennitatum ab una jurisdictione ad alteram. Romani enim ad symbolicas formulas propensi propter majorem, quæ inde rebus accedebat dignitatem, novos certe quæsiissent ritus solennes ad actus *legitimos* rite celebrandos, nisi ad hos per fictionem transtulissent eos, qui jam celebrabantur in actibus jurisdictionis contentiosæ; simplicius enim erat extendere usitatas, quam novas introducere solennitates jam in immensum cumulas, et quarum mox pauci sensum intelligebant.

Ita Romani cessionem in jure, cæterosque actus voluntariæ jurisdictionis ad controversiæ imaginem ordinaverant, quum maxime animadverterent, haud raro accidere, ut rei, de qua controversia erat,

(1) Gaj. IV. §. 13.

cessio fieret, si, altero fatente vel non vindicante, magistratus adversario vindicanti rem in perpetuum addiceret et sic liti finem faceret.

§. III.

B.) *Diversæ legis actionum species.*

Quinque sunt legis actionum species : 1°. Sacramentum; 2°. Judicis postulatio; 3°. Condictio; 4°. Manus injectio; 5°. Pignoris capio : omnes, excepta condictione, lege XII. Tab. introductæ sunt; pignoris capio tamen ex certis causis moribus antiquissimis prodita jam erat (1).

I. *Sacramentum.*

Omnis actionis instituendæ principium erat in jus vocatio : quando in jus vocatus ad Prætorem venerat, actor formulam secundum ipsius legis verba accurate conceptam instituebat, quod quidem maximi momenti erat propter periculum causa cadendi. Si postulatam actionem a Prætore impetraret, iudicii natura et forma definiebatur, et præstationes ex utraque parte interveniebant.

Inter illas præstationes maxime animadvertendum est sacramentum, quod est certa pecuniæ summa, poenæ causa a litigantibus deposita, quam perderet is qui victus erat, retraheret autem qui vicerat : quandoque non deponebatur pecunia, tum autem ejus nomine satisdatores locupletes dabantur (2). Legis actio, ex qua poenam hanc stipulabantur,

(1) Gaj. IV. §. 26.

(2) Gaj. IV. §. 16. f.

sacramentum dictum est, quia propter ærarii inopiam et sacrorum publicorum multitudinem hæc pecunia in rebus divinis consumebatur. Hoc sic explicat Varro : « *Ea pecunia, quæ in iudicium venit in litibus, sacramentum a sacro dicitur. Qui petebat et qui inficiabatur de aliis rebus, uterque quingentos asses æris ad pontificem deponebant; de aliis rebus item certo alio legitimo numero assium. Qui iudicio vicerat, suum sacramentum a sacro auferebat, victi ad ærarium redibat* » (1). Ita sacramenti nomen recepit forma generalis, sub qua institui potuit quæcunque actio, nisi lege cautum fuerat, ut aliter ageretur (2). Modo agendi per sacramentum simillima videtur ratio procedendi per sponsionem, quæ tamen pluribus ex causis ab illo differt : quamvis enim utraque actio sit periculosa ei, qui temere litigat, hæc deprehenduntur discriminis causæ : in sponsione poena lucro cedit adversario, dum in sacramento lucro cedit ærario : sponsionis summa plerumque ab arbitrio provocantis pendet, dum sacramenti poena semper determinata est : imo forma agendi per sponsionem magis specialis, quam forma agendi per sacramentum, cui successit (3). Erraverunt itaque interpretes, qui sacramentum et sponsionem easdem res existimarunt (4).

(1) *De lingua lat. lib. IV. c. 36.*

(2) Gaj. IV. §. 13.

(3) Gaj. IV. §. 13.

(4) Sacramentum, ait Sigonius, est pecunia, quæ inter-

Scimus poenam sacramenti determinatam duplicem fuisse, scilicet : quingenariam aut quinquagenariam (1) : de rebus mille æris plurisve agebatur quingentis assibus ; de minoribus vero quinquaginta assibus, excepta causa, qua de libertate hominis disputabatur, quo casu, quamvis res mille æris pretiosior esset, libertatis favoris causa, ut satisfactio non onerarentur adsertores, poena sacramenti nonnisi quinquagenaria erat : unde probatur Romanos, sacramenti poenam constituendo, præcipue voluisse litigantium temeritatem reprimere, ne cives inter se facilius lites et inimicitias moverent (2).

Occasione sacramenti Gajus exhibet varias solennitates simul cum illa legis actione coram magistratu celebratas ; quæ vero diversæ erant, prouti sacramenti actione vel in rem, vel in personam agebatur.

1^o. Legis actio sacramenti in rem, de qua prius dicendum est, magis implicita est ea, qua in personam agebatur ; in illa enim obtinebat controversia circa res et fructus, quæ vocabatur lis vindicia-

ponitur ; stipulatio et restipulatio de ea sponsio dicebantur. Sigonius de judiciis. Thes. Grævii. p. 711.

(1) Postea quantitas poenæ sacramenti mutata est ex lege, cujus nomen desideratur, quum, si in rem apud centumviros lege actum fuisset, actor adversarium provocaret sacramento, cujus summa fuit sesterciorum CXXV nummorum. Gaj. IV. §. 95.

(2) Gaj. IV. §. 14.

rum, quæ vero quandoque ex modo solenni, quo in jure peragebatur, occurrit etiam apud veteres sub manuum consertionis, sæpius autem sub vindicationis nomine : lis vindiciarum utramque continens, hanc et illam spectat tanquam genus speciem.

Antequam fieret vindicatio seu manuum consertio, quæ eadem significant (1), res, in quas agebatur, vindiciæ dictæ testibus præsentibus erant sumendæ, ut in jus afferrentur. Hæc forma non erat otiosa, quum ex ea certius esset litigantes circa unam et eandem rem vindicandam consentire, superstitesque per testimonium assererent, cujus rei facta fuerat vindicatio, quod majoris momenti fuit tempore legis actionum, quum qua de re semel actum fuerat, de eadem rursus lege agere non licuerit (2). Si vero res in jus adducenda immobilis esset vel talis ut ad Prætorem afferri non posset, tunc quidem non tota, sed pars ejus aliqua inde sumebatur, et in eam partem tanquam in totam rem in jure fiebat vindicatio (3). Antiquitus non in jure celebrabatur, sed Prætores simul cum litigantibus ad vindi-

(1) « Ex jure manum consertum verba sunt ex antiquis actionibus, quæ, quum lege agitur et vindiciæ contenduntur, dici nunc quoque apud prætorem solent..... Manum conserrere est, de qua re disceptatur in re præsentī, sive ager, sive aliud quid est, quum adversarium simul manu prenderet in ea re solennibus verbis vindicare. Gellius, Noct. att. XX. 10. — vid. Asconium ad Verrin. I, c. 45.

(2) Gaj. IV. 108. — Festus voce superstites.

(3) Gaj. IV. §. 17. — Gel. XX. c. 10.

candas res in re et loco præsentī, proficiscebantur, quod tunc temporis sine incommodo fieri potuit propter circumscriptam fori romani jurisdictionem: propagatis vero Italiæ finibus, negotiis magis occupati Prætores hoc non amplius agere potuerunt, indeque res vel pars ejus deferrebatur ad Prætorem, coram quo sic celebratam fuisse litem vindiciarum eleganter exponit Gajus. *Si in rem agebatur, mobilia quidem et moventia, quæ modo in jus adferri adducive possent, in jure vindicabantur ad hunc modum. Qui vindicabat, festucam tenebat. Deinde ipsam rem apprehendebat (1). Velut hominem, et ita dicebat: HUNC EGO HOMINEM EX JURE QUIRITIIUM MEUM ESSE AJO SECUNDUM SUAM CAUSAM, SICUT DIXI (2): ECCE TIBI VINDICTAM IMPOSUI. Et simul homini festucam imponebat. Adversarius eadem similiter dicebat et faciebat. Quum uterque vindicasset, prætor dicebat: MITTITE AMBO HOMINEM. Illi mittebant. Qui prior vindicaverat, ita alterum interrogabat: POSTULO, ANNE DICAS, QUA EX CAUSA VINDICAVERIS. Ille respondebat: secundum suam causam (?) SICUT VINDICTAM IMPOSUI.*

(1) *Ipsam rem apprehendebat, eique vindictam imponebat.* — Ex hisce Gajus distinguere videtur manuum conserptionem a vindicatione: vindicare enim proprie dicuntur litigantes, quando vindictam imponunt; manum autem conserere, quando, re ab utroque simul manu apprehensa, Prætor dicebat, *mittite ambo hominem.*

(2) *Sicut dixi.* — Hæc verba fortasse indicant ante rei vindicationem, actionis causam Prætori editam fuisse.

Deinde qui prior vindicaverat, dicebat : QUANDO TU INJURIA VINDICAVISTI, D. AERIS SACRAMENTO TE PROVOCO. Adversarius quoque dicebat : SIMILITER EGO TE asses sacramenti nominabant. Deinde sequebantur quaecumque, si in personam ageretur. Postea Prætor secundum alterum eorum vindicias dicebat, id est, interim aliquem possessorem constituebat, eumque jubebat prædes adversario dare litis et vindiciarum, id est, rei et fructuum : alios autem prædes ipse Prætor ab utroque accipiebat sacramenti ; quod id in publicum cedebat. Festuca autem utebantur quasi hastæ loco, signo quodam justi dominii ; maxime enim sua esse credebant, quæ ex hostibus cepissent : unde in centumviralibus judiciis hasta præponitur. Gaj. IV. 16.

Si attendamus ad singulas hujus orationis partes, animadvertimus in lite vindiciarum totam rem sic constitutam esse, ut utriusque partis conditio coram Prætore semper æqualis censeatur, quod non solum declaratur litigantium verbis et factis, sed et ipsa magistratus intercessione : hæc enim est forma vindicationis, ut ii ipsi, qui vindicias inter se disputant, sua jura remittere videantur, eaque committere Prætori, qui pro officio utrumque vindicantem pari animo habens, in alterum tamen eorum, ne vim et violentiam inter se exercerent, vindicias dicebat interim, i. e., donec judex addicendus de re immutabile judicium tulisset. Ita vis imperii Prætoris et natura ejus officii in lite vindiciarum con-

cinne significatur his verbis, quibus Prætor utrumque simul alloquebatur, quando manum conserebant : *MITTITE AMBO HOMINEM : illi mittebant*. Neque etiam, quamvis contrarium jocosè defendat Cicero (1), otiosæ sunt formulæ, quibus litigantes sese invicem quærebant; ex iis enim altera proprie pertinet ad vindicationem, altera ad sacramenti stipulationem, quarum hæc illam necessario non sequebatur; nam actore dicente : *hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse ajo*, si adversarius taceret, Prætor rem vindicanti addicebat, et tunc perinde ac si cessio in jure voluntariæ jurisdictionis facta fuisset, non pronunciabatur formula sacramenti : *quando tu injuria vindicasti D. æris te provoco* : quæ enim hac interrogatione poena promittebatur, cessante controversia et fatente reo, inutilis et iniqua fuisset. Statim post sacramenti stipulationem judicem postulatum fuisse, indicant hæc verba : *deinde sequebantur quæcumque, si in personam ageretur*. Ex rebus enim in actione in personam celebratis huc pertinere tantummodo potest judicis postulatio, ultimus actus solennis ex parte vindicantium in lite vindiciarum institutus : ex altera autem parte, tunc ipse inter vindicias contendentes interveniebat Prætor, qui in alterum eorum interim vindicias dabat, i. e., possessionem tribuebat. Secundum quam vero regulam possessionem concesserit, neque perspicuum est, neque Gajus nos edocet. Si tamen con-

(1) Pro Muræna c. XI — XII.

jicere licet, sequentia fortasse observabantur, scilicet : quando circa possessionis jus non erat controversia, possessor constituebatur qui rem naturaliter detinebat, dummodo satisdaret se nihil deterius in possessione facturum; hoc vero non satisdante, possessio transferebatur ad alium, et si hic etiam satisdare nollet, penes possessorem priorem possessio remanebat : in pari enim causa possessor potior habetur (1) : quando vero de possessionis jure contendebatur, quomodo tempore legis actionum res sese habuerit, difficilius est explicare : trahendo tamen ea, quæ posterius obtinuerunt, ad priora tempora (2), probabile esset, eum possessorem a Præatore constitutum fuisse, qui præter satisfactionem nomine rei et fructuum, majorem præstabat pecuniæ summam, quam perderet, si temere circa possessionem litigasset. Hæc conjectura eo magis ad rerum naturam accommodata est, quod vulgo meliorem existimamus causam illius, qui majore periculo rei possessionem sibi conservandam defendit (3).

Certe comprobanda non est opinio, ex qua secundum mera æquitatis principia possessio concessa fuisset, quum hoc proprium sit cognitionis Prætoris

(1) Pauli receptæ sent. I. 11.

(2) Gaj. IV. §. 166; in quo de fructuum licitatione sermo est.

(3) Fortasse etiam, principiis circa possessionis jus tunc temporis nondum accurate definitis, non distinguebatur justus ab injusto possessore, et is semper potior censebatur, qui rem naturaliter detinebat, quin inquireretur, utrum vel clandestina, vel violenta vel precaria esset ejus possessio.

in ejusmodi controversia, quod æqualis semper videatur utriusque litigantis conditio; atqui possessionem tribuendo alteri secundum æquitatis normam, Prætor exinde contrarium judicium intempestive prætulisset in causam illius, quem possessorem non constituerat: præterea nulla est auctoritas, qua hæc opinio confirmetur.

Observatis hisce de formis litis vindiciarum, pauca etiam dicenda sunt circa festucam, de qua sermo est in §. Gaji supra laudato. Modum festuca vel vindicta vindicandi, usurpatum in cujusque rei persecutione, hactenus ad manumissiones restringebant interpretes: certabant etiam de significatione festuæ, quam Heineccius, reprehendente quidem Branchu, acerbè defendebat indicare domum, sicuti gleba agrum designat (1). Gajus exhibendo festuæ originem et significationem probat formas agendi in legis actionibus usurpatas, per fictiones accommodatas fuisse ad hunc hominis statum, quo vix in societate constitutus disceptando non festuca, sed hasta contendit.

2º. Sacramenti actio in personam. In actionibus in personam judicium simplicius ordinabatur, quam in actionibus in rem; actor enim tantummodo edebat actionem, qua intendebat adversarium aliquid dare facere oportere, et si a Prætore eam impetraret, sacramenti pœnam stipulabatur; quo facto, interveniebat alia legis actio, nimirum: judicis postu-

(1) Heineccius, Antiquit. juris lib. IV. tit. VI. §. 24.

latio, propria non tantum actionibus in personam, sed et actionibus in rem, de qua jam tractandum est.

II. Judicis postulatio.

Judicis postulatio est ea legis actio, qua actor, re a Magistratu accurate cognita, petebat quemdam, qui de controversia judicium immutabile ferret.

Teste Valerio Probo, judicis postulatio his verbis fiebat : *prætor judicem arbitrumve postulo uti des.*
P. I. A. V. P. V. D.

Litigantes in suam causam judicem habere semper potuerunt, quem voluerant, quum Prætor judicem non constituerit ipse, nisi in casu, quo partes in eum non consensissent (1). Judex apud Romanos non erat magistratus, sed vir privatus e primariis quidem desumptus, qui, quum solus esset, in consilium aliquot adhibebat amicos, quibuscum in subselliis sedebat (2) : ita a tempore, quo introducta est judicis postulatio, repetere fortasse licet primam originem illius instituti, quod recentioribus tempo-

(1) Vid Cic. lib. de Orat. c. 70. Placet etiam illud Scipionis illius, qui T. Gracchum perculit. Quum ei Flaccus P. Mutium judicem tulisset, ejero, inquit, iniquus est. — Festus voce Procum : *est enim procare poscere, ut quum dicitur in judice collocando : SI ALIUM PROCAS, NIVE EUM PROCAS, id est, poscis.* Gellius. XIV. c. 2.

(2) Verosimile est principio reipublicæ, quando et juris periti et potentissimi soli erant Patricii, penes eos solos etiam fuisse judicandi facultatem; mox vero, accrescente plebeiorum potentia, juris prudentiaque ab iis exculsa, inter Plebeios eligebantur et judices sicuti Prætores ipsi.

ribus mutatum quidem receptum est sub nomine *Jugement par ses pairs — Jury*.

De iudicis postulatione separatim sermo non fuisse videtur in codice nostro : Gajus enim de ea tractavit simul cum legis actione sacramento in personam, de qua agebatur in folio bis rescripto præcedente §^{um}. 15. IV, ubi sequentia ad iudicis postulationem omnino accommodata leguntur : *ad iudicem accipiendum venirent POSTEA VERO REVERSIS DABATUR AD DIEM XXX iudex : idque per legem Pinariam (1) factum est ; ante eam autem legem confestim dabatur iudex. Illud ex superioribus intelligimus, si de re minoris quam Mæris agebatur, quinquagenario sacramento, non quingenario eos contendere solitos fuisse. Postea tamen quam iudex datus esset, COMPERENDINUM diem, ut ad iudicem venirent, denuntiabant : deinde cum ad iudicem venerant, antequam apud eum causam PERORARENT, solebant breviter ei et quasi per indicem rem exponere, quæ dicebatur CAUSÆ COLLECTIO, quasi causæ suæ in breve coactio. (2)*

(1) Lege Pinaria, adscripta a Bachio anno DCXXIII, cujus sententia hactenus ignota erat, iudex postulatus, antea confestim datus, non nisi post XXX dies addicebatur.

(2) Apud Asconium in Verr : lib. I. c. 9. legitur fragmentum ex sententia verborumque conceptione huic §°. Gaji adeo simile, ut non dubitem utrumque scriptorem sermonem suum ad imitationem alicujus jurisconsulti de judiciis fortasse tractantis composuisse, quum vix admittendum sit Gajum hac de re secutum esse Ciceronis interpretem.

Hisce Gajus concinne distinguit res, quæ plerumque confunduntur, scilicet : diversa temporis momenta sibi seu in jure, seu in judicio succedentia, quando instituta fuerat judicis postulatio ; in jure separat judicis petitionem a judicis datione, et judicis dationem a comperendinatione : in judicio autem distinguit causæ collectionem a causæ peroratione.

Judicis postulatio, nulla alia legis actione instituta, vix exercebatur ; Gajus autem §. 12. IV : eam inter cæteras legis actiones singulariter nominavit, quia quandoque legis actiones institui peragique poterant, quin eas judicis postulatio sequeretur : sic actione sacramenti agebatur, quin judex postularetur, si Prætor rem ipse dijudicaret, vel reus confiteretur. Judicis postulatio cum actione sacramenti conjungitur tum apud Gajum, tum apud Asconium loco in adnotatione supra citato, quia lis per sacramentum coram Prætore instituta plerumque ad judicem deferrebatur.

III. Condictio.

Quamvis deperdito folio, in quo de hac legis actione tractabatur, vix possibile sit exponere veram ejus indolem, juvat tamen de ea quædam monere.

Condictio est ea legis actio, qua actor adversario denuntiabat ut, ad judicem accipiendum, circa id quod dare eum oporteret, certo die, scilicet XXX in jure adesset.

(1) Gaj. IV. §. 18. — Festus, vocibus. Condictio - Condicere.

Hæc legis actio XII Tab: non introducta est, sed posterius constituta lege Silia et Calpurnia : lege Silia de certa pecunia, lege vero Calpurnia de omni certa re (1) : per eam etiam antiquitus non nisi in personam agebatur, qua de re dubitabant interpretes (2). Quare autem introducta sit hæc legis actio, quum per sacramentum et iudicis postulatio- nem in personam agi potuerit, jam Gaji tempore obscurum erat. Quamvis ergo subeam periculum risum movendi tentando explicare, quæ inexplicata Gajus ipse reliquit, tamen vix non possum non investigare sequentes discriminis rationes, quæ in sacramento et condictione occurrunt : condictione non continebatur sacramenti poena; condictione non nisi de rebus certis; sacramento de rebus tum certis, tum incertis agebatur : in legis actione sacramento fortasse separatus erat dies, quo edebatur actio, ab eo, quo, actione impetrata, iudex postulabatur : in condictione, quo die fiebat actionis editio, eodem interveniebat iudicis postulatio : id eo facilius erat, quod de re certa statim et Prætor iudicii formam constituere et reus respondere potuerit : ita iudicii per condictionem instituti exitus promptior esse debuit illo, quod per sacramentum peragebatur.

Hanc quoque propriam condictionis utilitatem statuere fortasse possumus, quod, si reus, cui de-

(1) Gaj. IV. §. 19. Ex Ruperti Tabulis, lex Silia anno CCCXLIV, lex vero Calpurnia anno DXCII adscribenda est.

(2) Gaj. IV. §. 20.

nuntiatio facta fuerat, die statuto ad judicem capiendum non adesset, Prætor ipse, quum de re certa actum esset, alterum absentem, quin auditus fuisset, condemnabat (1).

Expositis hisce de sacramento, judicis postulatione et conditione ad jurisdictionem proprie pertinentibus, transeamus ad alias legis actiones magistratus imperium spectantes.

IV. Manus injectio.

Manus injectio est ea legis actio, qua adversarius manu injecta apprehensus ab actore, antestatione facta, in jus rapiebatur, ut Magistratus imperio statim de re sententia diceretur.

Hæc agendi forma specialis quidem, quum non competeret nisi de rebus, de quibus ut ita ageretur, lege aliqua cautum fuerat, XII Tabulis introducta judicati causa, et legibus posterioribus ad alias causas extensa, diversa erat pro diversitate casuum, ex quibus dabatur: erat aut pro judicato aut pura, quarum posterior minus severa (2). Gellius rite explicat, quomodo et quando actum fuerit manus

(1) Sic etiam conjicerem, nisi Gaj. IV. §. 29, quo requiritur in legis actionibus utriusque litigantis præsentia, contrarius videretur, dicerem nimirum: propter incommodum ubique quærendi adversarium in jus trahendum, per conditionem factam fuisse, præcipue si domi latitaret reus, litis denuntiationem, ut die statuto adversario non stante in jure, sententiam ipse Prætor pronunciaret, qua causa caderet reus, si absens non defendebatur.

(2) §. 21. §. 24. Gaj. IV.

injectione pro judicato, quæ comparari potest cum illa persequendi ratione, quam gallice appellamus *contrainte par corps* (1). Romani in pecuniæ mutuatice usu atque commercio fidem sanxerunt: adimi enim putaverunt subsidium hoc inopiæ temporariæ, quo communis omnium vita indiget, si perfidia debitorum sine gravi pœna eluderet. Confessi igitur æris ac debiti judicatis triginta dies sunt dati, conquirendæ pecuniæ causa, quam dissolverent: eosque dies decemviri justos appellaverunt. Quibus diebus nihil cum his agi jure potuit: post deinde nisi dissolverent, ad prætorem vocabantur, et ab eo quibus erant judicati addicebantur, nervo quoque aut compedibus vinciebantur. Sic enim sunt, opinor, verba legis: *ÆRIS CONFESSI, REBUSQUE JURE JUDICATIS TRIGINTA DIES JUSTI SUNTO, POST DEINDE MANUS INJECTIO ESTO, IN JUS DUCITO, NI JUDICATUM FACIT, AUT QUIS EUM IN JURE VINDICIT, SECUM DUCITO, VINCITO AUT NERVO AUT COMPEDIBUS QUINDECIM PONDO, NE MAJORE, AUT SI VOLET MINORE VINCITO. SI VOLET SUO VIVITO: NI SUO VIVIT, QUI EUM VINCTUM HABEBIT, LIBRAS FARRIS IN DIES DATO: SI VOLET PLUS DATO.* *Interea*

(1) Qui manus injectione pro judicato agebat, simul aliquam partem corporis rei prendebat, nec licebat judicatum manum sibi depellere, et pro se lege agere; sed vindicem dabat, qui pro se causam agere solebat: qui vindicem non dabat, domum ducebatur ab actore et vinciebatur. Gaj. IV. §. 21. Fortasse propter infamiam, qua affectus erat judicatus, pro se lege agere non potuit.

autem erat jus paciscendi, ac nisi pacti forent, habebantur in vinculis dies sexaginta. Trinis nundinis continuis, ad Prætorem in comitium producebantur, quantæque pecuniæ judicati essent, prædicabatur: tertiis autem nundinis capite pœnas dabant aut trans Tiberim peregre venum ibant. Noct. att. lib. XX. c. 1.

Hoc fragmentum maxime curiosum probat manus injectione actum fuisse, quando in jus vocabatur reus, quum Gellius describens verba legis XII Tab. apponat *manus injectionem* ante in *jus ductionem*. Hæc legis actio quamvis jam extra jus (1), antestatione facta (2), incepta ab actore in jus vocante, apud Prætorem perficienda tamen erat; forma agendi enim, cujus finis civium libertati adeo adversus erat, a Magistratu, causa accurate cognita, confirmanda erat: verosimile est etiam pœnam gravem sancitam fuisse contra eos, qui manus injectione temere agebant. Talis interpretatio contraria non videtur §. 29. Gaj. IV., ex quo, ut legis actionibus utamur, requiritur Prætoris præsentia.

In expositione manus injectionis cavendum, ne habeamus illos actus domum ducendi et vinciendi, uti partes hujus legis actionis necessarias; quum hi eam non insequantur nisi casu, quo vindicem non

(1) Manus injectio dicitur, quoties, nulla judicis expectata auctoritate, rem nobis debitam vindicamus. Servius ad Virgilium *Æneid.* X. v. 419.

(2) Horat. *Serm.* I. 9. v. 45.

daret judicatus, prætereaque minime contineantur altera specie manus injectionis, nimirum manus injectione pura, ex qua, quum non ageretur pro judicato, licebat in jure manum sibi depellere et pro se lege agere, quin reus domum duci vel vinciri posset; unde patet solam utilitatem manus injectionis puræ non nisi in eo esse potuisse, quod ex ea actori licuerit, antestatione facta, reum in jus non euntem rapere. Manus injectio itaque pura sic definita nihil aliud est nisi violenta illa in jus vocatio, quam interpretes affirmant ex quacumque causa institutam fuisse contra in jus ire recusantem; hujus tamen opinionis contrarium, quamvis tota res sit obscura, non siue ratione aliqua defendi posse mihi videtur; quando attendimus Gajum expressis verbis dixisse (1), non ex quacumque causa, sed ex quibusdam causis tantummodo actum fuisse manus injectione pura, violentæ in jus vocationi respondente. Si manus injectio indistinctim contra omnes in jus ire recusantes usurpata fuisset, non erat, quod Gajus formam agendi generalem ad casus quosdam graviores et lege ipsa definitos restringeret. Aliquis fortasse objiciet contra in jus ire recusantes ex quacumque causa manus injectione actum fuisse, sed contra in jus ire consentientes quidem,

(1) Sed aliæ leges ex quibusdam causis constituerunt quasdam actiones per manus injectionem, sed puram, i. e., non pro judicato: ex quibus, quum agebatur, manum sibi depellere et pro se lege agere licebat judicato. Gaj. IV. §. 24. — arg. §. 25.

teste Gajo, non nisi ex quibusdam causis : hæc autem distinctio difficultatem non dirimit, quum vix videam quorsum fuerit opus manu injecta rapere in jus eum, qui vocatus huc ire ipse statim consentiebat : manus injectio pura enim ad id constituta, ut adversarium etiam invitum protinus in jus ducere possimus, censetur remedium tantum utile contra in jus ire negantes. Nonne impia et stultissima esset illa lex, quæ contra civium libertatem, ad meram inimici cujusdam voluptatem, jussisset in causis quibuscumque privatis, obtorto collo in jus trahi eum, qui sponte actorem secutus ei ex voluntate sua eandem quam ex manus injectione præstabat utilitatem ? Si dicitur apud Gajum in hoc vel illo casu per manus injectionem agi, hoc mirum non est; quum ex gravioribus causis, unde descendit illa legis actio, rei sint satis improbi ut, ad fraudandum actorem, vocati in jus ire recusent. Imo mea opinio non pugnat cum iis, ex quibus legem XII. Tab. de in jus vocatione dixisse con-jicitur; ex fragmentis enim vix inter se cohærentibus, quibus hæc pars legis XII. Tab. a recentioribus restituta est, nullum est, ex quo defendi possit, si reus in jus ire nollet, in quocumque casu obtinuisse violentam in jus vocationem. Nunc igitur quæro, an obscura ipsa legis XII. Tab. restitutione, desumpta maxime ex carminibus poetarum, quorum auctoritas in jure certe non arguetur, quæro an fides potius habenda non sit Gajo jurisconsulto præclarissimo, qui de re tractans expressim

dicat, non nisi ex quibusdam causis manus injectione actum fuisse? Denique verosimile non est formam agendi adeo severam, ad præsentes necessitates, ad res graviores constitutam, in causis etiam levissimis et minime urgentibus usurpatam fuisse, quum in hisce satis esset, si reus qui in jus vocatus non venerat, et domi latitaverat vel absens non defensus fuerat, litem perderet (1).

Non solummodo circa veram manus injectionis indolem errasse videntur interpretes, sed erraverunt etiam, quin hic dubitari possit, circa officium vindicis, de quo sermo est in manus injectione pro judicato: patet enim per vindices non cautum fuisse actori, ut reus dimitteretur antequam in jus veniret (2); sed ut impediret satisdando judicatum solvi, (3) quominus reus vi in jus adductus, domum duceretur, vel vinciretur (4). Procuratoris etiam officium obiisse vindicem indicant hæc verba: vindex pro judicato *causam agere solebat*, quæ leguntur §. 21 Gaji supra citato, et ita intelligenda sunt, ut vindicis munus causam judicati agendo, restringatur ad transigendum, vel fortasse ad litem

(1) Gaj. III. §. 78.

(2) Hein. Antiq. juris rom. IV. Tit. VI. §. 18.

(3) Vindicem datum fuissesatis dationis causa probat finis. §. 25. Gaji IV., ex quo dicitur, abolitis legis actionibus, loco vindicis obtinuisse satisdationem judicatum solvi.

(4) Vindex ab eo quod vindicit, quominus is, qui pressus est, ab aliquo teneatur. Festus, voce vindex. — Gaj. IV. §. 21.

movendam de eo, quod injuste per manus injectionem actum fuerat. Caveamus enim, ne vindicem ita judicati causam egisse credamus, ut de re jam judicata rursus controversiam instituerit, quum certum sit, qua de re semel lege actum fuerat, de ea postea lege agi non potuisse (1); quod non solum verum est de judicati causa, sed etiam de aliis, quæ judicati causæ adæquatae sunt; verbi gratia, de sponsore, qui, solvendo pecuniam ad quam condemnatus fuerat judicatus, ex lege Publilia in sex mensibus per manus injectionem agere potuit contra non restituentem eum, pro quo depensum esset; nonne iniquum fuisset, si ejusmodi sponsor, ad recuperandam pecuniam, quam in favorem ipsius judicati certum erat eum solvisse, rursus alterius litis eventum subire debuisset.

Quantitas, quæ versatur in causis, ex quibus per manus injectionem agebatur, adeo certa est, ut Prætor ipse sine judicis auxilio de iis statim statuere potuerit. Inde verius erit dicere, quando manus injectione agebatur, judicem post XXX diem datum non intervenisse, sed Prætorem ipsum, re accurate cognita, jussisse protinus debitæ pecuniæ summam restitui, nisi vel vindex, vel reus ipse probaret, injuste hac legis actione usum fuisse actorem. Manus injectio enim cæteris agendi modis durior et maxime prompta fuisse videtur.

Leges, quibus manus injectio XII. Tab. introducta,

(1) Gaj. IV. §. 82.

ad alias causas extensa fuit, sunt (1) lex Publilia, lex Furia de sponsu, lex Marcia, lex Furia testamentaria : omnium, excepta lege Furia testamentaria, nomen et sententia hactenus ignota. Sunt eæ antiquissimæ, quod præcipue declarat lex Marcia anno CCCXVIII, ut videtur lata, ad placandas inimicitias et turbationes, quæ fœnoris causa inter plebeios et patricios erant : lege Marcia populo jucundissima, patribus autem non læta, teste Livio (2), cautum est fortasse, ut contra fœneratores, majores unciario fœnore usuras exigentes, manus injectione de his reddendis ageretur. Postea, quum manus injectio pro judicato esset forma agendi aspera, civiumque libertati nimis contraria, excepto judicato et eo, pro quo depensum est, lege quadam, cujus nomen latet, jussum est, ut manus injectio semper pura esset. Gaj. IV. §. 25.

V. Pignoris capio.

Pignoris capio est legis actio, qua actor, nulla magistratus vel judicis expectata auctoritate, sibi cavet pignori capiendo rem debitoris, etiam dum præsens hic non est.

Ex hac definitione patet pignoris capionem differre a cæteris legis actionibus, in quibus et Prætoris et adversarii præsentia requiritur : inde illa

(1) Gaj. IV. §. 22., 23.

(2) Liv. VII. c. 16. — Lex Marcia, de qua hic dicitur, eadem est, ni fallor, quæ hactenus accepta est sub nomine legis Duilliaë, Mæniaë, vid. Bach. Hist. jurisp. Rom. p. 139.

controversia inter jurisconsultos a Gajo exposita, qua quærebant, utrum pignoris capio esset legis actio necne (1). Res per pignoris capionem non ita erant apprehensæ, ut statim venderentur, sed, sicuti ipsum legis actionis nomen indicat, ut pignori haberentur, donec Prætor statueret an juste necne, hoc modo actum fuisset. Reus debitum solvendo, et certam pecuniæ summam pœnæ nomine, pignus luere potuisse videtur (2).

Pignoris capio introducta ex quibusdam causis moribus, ex quibusdam leg. XII. Tab., erat forma agendi præparatoria in creditorum utilitatem constituta, neque omnino dissimilis ejus, quam gallice *séquestre—arrêts* dicimus: pignoris autem capione solæ res mobiles apprehendebantur, quum aliæ pignori non darentur (3). Comprobata pignoris capione a Prætore, si pignus non lueret debitor, institutis formulis ad pignoris cujusque distractionem observatis, jussu magistratus pignus publice vendebatur (4).

Causæ, ex quibus pignoris capio moribus competit, sunt accommodatæ ad antiquam Romanorum continuo belligerantium consuetudinem et inde declarant hujus legis actionis vetustatem (5). “ *Pi-*

(1) Gaj. IV. §. 29.

(2) Gaj. IV. §. 32.

(3) L. 238. D. 50. 18.

(4) Pauli. Recept. sent. II. 5. §. 1.

(5) Liv. III. c. 38. *Postquam citati senatores in curiam non conveniebant, dimissi circa domos adparitores simul*

gnoris capio introducta est moribus rei militaris. Nam propter stipendium licebat militi ab eo, qui tribuebat, nisi daret, pignus capere; dicebatur autem ea pecunia, quæ stipendii nomine dabatur, æs militare. Item propter eam pecuniam licebat pignus capere, qua equus emendus erat: quæ pecunia dicebatur æs equestre. Item propter eam pecuniam, ex qua hordeum equis erat comparandum: quæ pecunia dicebatur æs hordiarium (1). Ita pignoris capio dabatur militi contra æs tribuentem: æs militare autem tribuebat Tribunus ærarius (2): æs hordiarium et æs equestre quis tribuerit, incertum est; probabile tamen ab eodem vel a Quæstore militari id datum esse: cæterum nomina magistratuum, qui æs tribuerunt, diversa fuerunt pro diversis Reipublicæ temporibus.

Hoc maxime animadvertendum de pignoris capione ob æs militare, quod debeamus habere eam post alias introductam secundum Livium dicentem (3), non nisi anno CCCLXIX stipendia, id est, æs

ad pignora capienda. An ex hoc loco conjicere non liceret, contra senatores in officio tam gravi præstando negligentes, merito sancitam fuisse pœnam, quam per pignoris capionem persequi fas erat.

(1) Gaj. IV. §. 26-27.

(2) *Pignoris capio ob æs militare, quod æs a Tribuno ærario miles accipere debebat. Gellius VII. c. X. — Festus. VOC. EQUESTRE-HORDIARIUM.*

(3) Liv. IV. 59.

militare militibus concessa fuisse; cum certum sit, et jam Regum temporibus equos equitibus datos, ærarii sumptibus emptos et nutritos fuisse. Inde oritur id singulare, quod, constituto quodam jure scripto, nimirum lege XII Tab., hæc etiam erat morum vis et imperium, ut ex his mox introducta esset talis legis actio.

Lege autem introducta est pignoris capio, inquit Gajus, velut lege XII. Tab. adversus eum, qui hostiam emisset, nec pretium redderet, item adversus eum, qui mercedem non redderet pro eo jumento, quod quis ideo locasset, ut inde pecuniam acceptam in dapem, id est, in sacrificium impenderet. Item lege... data est pignoris capio publicanis vectigalium publicorum populi romani adversus eos, qui aliqua lege vectigalia deberent. Gaj. IV. §. 28. In priori casu finis pignoris capionis consistebat in eo, ut contra domini evictionem, hostiæ non turbata possessio Pontificibus servaretur; in altero autem, ut pecunia in Deorum cultum consecranda, contra locantis consilium, ab usu tam pio non averteretur: denique publicanis etiam data est pignoris capio, ad vectigalia promptius et facilius recuperanda.

Attendens ad indolem pignoris capionis, existimo eam non nisi raro obtinuisse, cum ex clandestino et fraudulento hujus legis actionis usu sæpius periculum subiissent bona civium; quod etiam probatur ex causis, in quibus dabatur, quæ omnes pertinent aut ad jus militare, aut ad jus pontifi-

cium, aut ad jus fiscale, quorum gratia quocumque tempore jura singularia et privilegia introducta sunt.

§. IV.

C.) *Legis actionum origo, progressus et interitus.*

Quamvis Legis actiones constitutæ dicantur XII Tab. et aliis legibus paulo post latis, plurimum tamen earum origo a temporibus XII Tab. præcedentibus repetenda erit. Certum enim est præcipuos ritus solennes in plurimis legis actionibus observatos, longe ante legem Decemvirorum in usu fuisse: sic lis vindiciarum in XII. Tab. translata et ex sacramenti actione in personam instituta, teste Pomponio (1) in jure vetustissimo existebat: sic jam Regum tempore separata fuisse videtur cognoscendi et judicandi potestas, unde derivatur judicis postulatio (2). Manus injectio, debitorisque venditio, ni fallor, pertinent etiam ad tempora antiquissima: quoad pignoris capionem, manifestum est eam moribus introductam fuisse antequam XII. Tabulis constitueretur (3). Præterea dubium non est solennitates, in manumissione, emancipatione, et cæteris ejusmodi actibus celebrandas, prius usurpatas fuisse (4). Quare igitur ex intima affinitate et horum ac-

(1) L. 2. §. 23. D. de orig. juris.

(2) FESTUS, voce REUS. — Dionys. II. p. 87.

(3) Gaj. IV. §. 26-27.

(4) Liv. II. 5.

tuum, qui sunt legis actionum fictiones, non diceretur, ab iisdem temporibus originem suam trahere formas legis actionum? Denique hæc est rudis indoles formarum in judiciis usitatarum, ut derivandæ sint ex antiquissimo tempore, quo homo vix vitæ civilis particeps, tardus ingenio, vi imaginationis nihil fere attingens, indigebat ad actus juris facilius percipiendos, justoque ordine peragendos, ritibus solennibus, qui offerrent imaginem fictitiam eorum, quæ in statu naturæ in contentionibus obtinebant. Ita merito conjicere licet formas lege agendi XII. Tab. sancitas antea jam in populi vita et moribus viguisse. Regibus expulsis, cum leges Regiæ, ex quibus tales actus fortasse exercebantur, in desuetudinem abiissent, Patricii soli et causarum judices et jurisperiti, jure incerto, pro cupidine sua interpretati sunt agendi regulas, actionem dantes, et quandoque denegantes, plerumque in causis levioribus severissimas persequendi formas contra Plebeios permittentes. Pessima hæc juris conditio necessario frequentissimas inter Patricios et Plebeios discordias excitavit, unde maxime, quamvis e longo jam tempore frustra instantibus Tribunis plebis, Terentillo Arsa anno CCXCII, et deinceps Virginio, constituta fuerit lex XII. Tab., quæ esset utriusque ordinis pactio et fundamentum perpetuum juris tum publici, tum privati. Patricii autem plebis desiderio cedere coacti effecerant, ut legum conditores inter semetipsos eligerentur, quo voluerunt ut hi, brevissimis quidem,

sed eo ipso intellectu difficillimis legibus ferendis , Patriciis servarent potestatem , quam habuerant et amittere metuebant (1). Præter legum interpretationem Patricii sibi vindicaverant cognitionem rationis agendi ad jus persequendum , sine qua legum effectus nullus esse potest : id eo facilius fieri potuit , quod non nisi generalia quædam de causis actionum statuisset lex XII. Tabularum. Inde per Patriciorum insidias factum est , ut populo sub legis actionibus nihil suspicato minus prodessent XII. Tabulæ , tam vehementer expetitæ. Quoties lege agebatur , confugiendum erat ad Patricios , ut quaereretur formularum subtilissimarum conceptio et dierum fastorum nefastorumque cognitio , quos , ne in vulgus emanarent celabant Pontifices , apud quos etiam antiquitus deponebatur sacramenti poena pro rebus divinis consumenda. Hæc intima juris civilis et religionis conjunctio , (2) quæ apud Romanos mira non est , cum eisdem viris cura religionis et reipublicæ demandata fuerit , deprehenditur etiam apud

(1) Eliza Ram. Dis. v. p. 51. , qui de causis civilibus legis actionum plura eleganter disseruit.

(2) Inde antiquitus dicebatur omnem juris tum divini , tum humani interpretationem a Pontificibus petendam et neminem Pontificem bonum esse , nisi qui jus civile cognosceret. — Cic. de legibus II. 19. — Pomponius l. 2. §. 6. D. de origine juris. « *Omnium harum et interpretandi scientia et actiones apud collegium Pontificum erant , ex quibus constituebatur , quis quoquo anno præesset privatis. Et fere populus annis prope centum hac consuetudine usus est.*

alias gentes, apud Ægyptios, apud Indos, apud Germanos, ubi, societatis ingressu, Pontifices sacros officii sui fines plerumque egressos esse, historia nos edocet (1). Ita, cum nemo sine patriciorum opera actiones in foro exercere posset, plebs etiam post XII. Tab. remanebat in quadam servitute, qua abutebantur Patricii, ut plebem, cujus jam vix ferebant contumaciam, reprimerent solique in republica summas occuparent dignitates.

Attamen anno CCCCXLIX CN. FLAVIUS APPII CLAUDII scriba, libertino patre natus, legis actionum formulas, quas hic redegerat cum fastis evulgavit. Plebs, quæ vix patriciorum jugum passa erat, propter hoc meritum, Flavio maximam benevolentiam significavit; humili enim loco natus, summis muneribus ornatus, factus est Tribunus plebis, Senator et Ædilis curulis. Quale fuerit patriciorum consilium, simulatque fastos publicaverat Flavius, sic exponit Cicero in Orat. pro Muræna §. 11. 12., dum turpissimas istorum artes increpat. *Primum dignitas in tam tenui scientia quæ potest esse? Res enim sunt parvæ, prope in singulis litteris atque interpunctionibus verborum occupatæ. Deinde etiam, si quid apud majores nostros fuit in isto studio admirationis; id, enuntiatis vestris mysteriis,*

(1) Hujus rei causa naturalis videtur; homines enim nondum exculti majori studio et honore persequuntur jussa legislatoris, si hæc a sacerdotibus, quos maxime venerentur, tanquam ipsius Numinis præcepta, observanda præscribuntur.

totum est contemptum et abjectum. Posset agi lege necne, pauci quondam sciebant, FASTOS enim vulgo non habebant. Erant in magna potentia, qui consulebantur; a quibus etiam dies, tanquam a Chaldæis, petebatur. Inventus est scriba quidam Cn. Flavius, qui cornicum oculos confixerit, et singulis diebus ediscendos FASTOS populo proposuerit, et ab ipsis cautis Jurisconsultis eorum sapientiam compilarit. Itaque irati illi, quod sunt veriti, ne, dierum ratione pervulgata et cognita, sine sua opera lege posset agi, NOTAS quasdam composuerunt, ut omnibus in rebus ipsi interessent.

C. XII. *Cum hoc fieri bellissime posset : et fundus sabinus, meus est : immo meus : deinde judicium : noluerunt. FUNDUS, inquit, QUI EST IN AGRO, QUI SABINUS VOCATUR. Satis verbose. Cedo, quid postea? EUM EGO EX JURE QUIRITUM MEUM ESSE AJO..... Iisdem ineptiis fucata sunt illa omnia, QUANDO TE IN JURE CONSPICIO : et hæc, SED ANNE TU DICIS, QUA CAUSA VINDICAVERIS? Quæ dum erant occulta, necessario ab eis, qui ea tenebant, petebantur : postea vero pervulgata, atque in manibus jactata et excussa, inanissima prudentiæ reperta sunt ; fraudis autem et stultitiæ plenissima.*

Hic, occasione data, non parum juvat quærere, quid significant notæ a Patriciis compositæ, cum de notarum natura inter interpretes valde disputatum sit, quin ullus veram vocabuli significationem intel-

lexisse videatur (1). Alii enim dicebant, notarum nomine venire novas formulas, siglis non expressas; alii vero priscas formulas, sed siglis expressas: neutra opinio admittenda est. Notæ sunt novæ formulæ legis actionum, subtilissimæ quidem per siglas expressæ, ita ut pro singulis verbis litteræ singulæ ponantur (2). Cicero ipse indicat notis contineri formulas siglis expressas, quando ait in loco supra citato « *res enim sunt parvæ, prope in singulis litteris atque interpunctionibus verborum occupatæ.* » An per hæc verba non rite definiit notas, de quibus mox dicturus erat? Siglæ ipsæ plurimum notarum, quas Cicero affert, explicantur in opere VALERII PROBI grammatici, cujus titulus est de NOTIS. Erravit ideo Ernestius, præ-tendens notas, siglas non indicare, neque esse apud veteres quemquam, qui de siglis talium formularum aliquid memoriæ prodidisset: difficile etiam non est probare, eum quoque errare, quando asserit, se non videre, quorsum fuisset opus, per siglas illas, formulas scribere. Nonne Patricii, fastis a Flavio publicatis, prudentius existimavere, per siglas potius, quam per ipsa verba novas exprimere formulas? Altero enim scriba siglas excerptente, hic nihil contra Patricios moliri potuisset, cum siglarum significationem non detexisset. Ut autem hoc tutius fieret, patet per siglas non veteres, uti quidam

(1) ERNESTI, Clavis Ciceroniana, voce NOTÆ.

(2) NOTA nunc significat signum, ut in pecoribus, nunc litteras singulas aut binas; nunc ignominiam. FESTUS. Voce NOTÆ.
d.

putabant, sed novas concipi debuisse formulas, quod jam indicare videtur ipsum vocabulum componere, quo Cicero usus est, *notas composuerunt*: dein, quæro, quid profuisset siglis exprimere ea, quæ a Flavio publicata erant, et jam omnibus nota erant. Notarum exempla subjecit Cicero ex diversis formulis, quæ describuntur §. 12. supra citato: has enim omnino notis respondere probant hæc verba « *Cum hoc fieri bellissime posset*, quæ initio §. 12. apposita, indicant hujus rationem et conjunctionem cum iis, quæ §. præcedenti de notis dicebantur. Ex hac notarum explicatione fluit, alias ante Flavium, alias post Flavium, fuisse legis actionum formulas, indeque notis nondum compostis, Patriciorum mysteria, circa legis actiones, præcipue fuisse in cognitione arcana dierum fastorum et nefastorum, quibus publicatis, demum inventæ sunt ab illis notæ, ut potestatem recuperarent.

Hæ novæ verborum conceptiones non diu occultæ remanserunt; istæ enim etiam ante Ælium Sextum cognitæ fuisse mihi videntur, contra opinionem eorum omnium, qui, de legis actionibus scribentes, dixerunt notas et a Sexto Ælio publicatas fuisse, sicuti a Flavio prius publicati fuerant fasti. Hæc opinio pro falsa habenda est, quia tempore saltem Coruncanii J. Cti., quinquaginta annis ante Sextum Ælium viventis, eas non amplius arcanas fuisse certum videtur. Coruncanus cum summus pontifex, consul et jurisconsultus peritissimus esset (1), profecto co-

(1) BACHII, Hist. jurisp. rom. p. 233.

gnovit quidquid absconditum adhuc esset in legis actionum formulis : atqui hic vir , qui , primus e plebe , ad tantam dignitatem pervenerat , certe mysteria legis actionum , si quæ fuissent , publicasset , ut se gratum commonstraret erga populum , quo favente consul factus erat : præterea Cornucanius jus publice professus est , et discendi cupidos ex quocumque ordine admisit : an jurisprudentia a plebeiis exulta , legis actiones , quarum cognitio ab omnibus maxime petenda erat , arcanæ remansissent ? Hæc eo veriora sunt , quod nullum videatur fundamentum alterius opinionis , innixæ hoc solo Pomponii loco : « *Postea cum Appius Claudius proposuisset et ad formam redegisset legis actiones : Cnæus Flavius scriba ejus , libertini filius , subreptum librum populo tradidit : et adeo gratum fuit id munus populo , ut Tribunus plebis fieret , et senator et ædilis curulis (1) : hic liber , qui actiones continet , appellatur jus civile Flavianum : sicut ille , jus civile Papirianum : nam nec Cnæus Flavius de suo quidquam adjecerit libro. Augescente civitate , quia deerant quædam genera agendi , non post multum temporis spatium , Sextus Ælius alias actiones composuit , et librum populo dedit , qui appellatur jus Ælia-*

(1) Hic præmonere juvat Pomponium dicentem , qualis fuerit erga Flavium populi favor , contra mox tacere de mente , qua Sexti Ælii libellus receptus a populo , qui , ut verisimile est , singulis eandem benevolentiam significasset , si idem , quod Flavius plebeiis , beneficium postea præstitisset Ælius Sextus.

num. L. 2. §. 7. D. I. 2. Ubi, in hac oratione, sermo est de notis, quas Patricii, vulgatis a Flavio fastis, invenissent, quasque Sextus publicasset? Qui ab Ælio Sexto populo datus est liber de actionibus, non in vulgus emittebat notas a patriciis introductas, sed formulas ab ipso compositas, et accommodatas ad jus civile, maximeque ad leges novas, ut ex iis facilius lege ageretur. Nonne hoc jam declarat vox *composuit*, qua supra Pomponius utitur? an componere dicimur res, quas tantummodo publicamus? Præterea Pomponius ipse Æliani juris naturam indicat, cum affert causam, unde compositum sit: *Augescente civitate, quia deerant quædam genera agendi.* « Num deerant notæ, ex quibus jam per unum sæculum lege actum fuerat? Quare autem deerant genera agendi? Respondes, quia ista arcana retinuerant Patricii? Minime; sed quia, *augescente civitate*, ex rerum commercio et vitæ necessitatibus negotia civium adeo amplificata erant, ut, deficientibus formulis, secundum quas ex illis ageretur, Sextus Ælius multas composuerit accommodatas legum verbis. Ita liber a Sexto Ælio publicatus nihil aliud erat, nisi commentarius ad legis actiones jam notas, in quo pro diversis causis litigantes inveniebant diversas verborum conceptiones, quas sequerentur, legis actionem instituendo, ne causa caderent (1).

(1) Quæ omnia confirmantur verbis Pomponii in l. 2. §. 38. D. I. 2., *Sextum Ælium Ennius laudavit, et exstat illius liber, qui inscribitur Tripartita, qui liber veluti cunabula*

Cum ex tempore, quo Jurisconsultus Coruncanius jus publice professus erat, numerus civium, qui jurisprudentiam excolebant, quotidie incresceret; legis actiones ob nimiam subtilitatem, qua litigantes haud raro subibant periculum causa cadendi, in odium et desuetudinem venerunt (1); quod quidem mirum non est, cum legis actiones contrariæ essent fini, quem vulgo homines sibi proponunt, quando formas agendi constituunt, ut facilius et tutius jus suum persequantur. Præterea subtiles legis actionum formulæ in memoriam populi revocabant fraudem, qua usi erant Patricii, ut sub potestate sua subditos Plebeios tenerent. Inde hæ legis actiones, quasi miseræ suæ conditionis et tyrannidis Patriciorum instrumenta, nunc odisse debuerunt. Votis populi, legis actionum abrogationem desiderantis, non parum favere videbatur ipse Prætor, introducendo actiones fictitias, quæ legis actiones in aliis casibus sine illa subtilitate statuentes, magisque accommodatæ ad mores et ingenium populi, legis actionum abrogationem præparabant.

Denique legis actiones *per legem Æbutiam et duas Julias sublatae sunt, effectumque est, ut per concepta verba, id est, per formulas litigaremus* (2). Ex stricta interpretatione verborum

juris continet. Tripartita autem dicitur, quoniam, lege XII Tab. præposita, jungitur interpretatio, dein subtextitur
 LEGIS ACTIO.

(1) Gaj. IV. §. 30.

(2) Gaj. IV. §. 31. — Quamvis verba *effectum est* stricte non declarent, legibus Juliis constitutas fuisse formulas, sic

Gaji videretur per hasce leges uno eodemque tempore abrogatas legis actiones, simulque introductas esse formulas, ut plures leges diversæ de iisdem rebus statuissent; quod verisimile non est; cum ridiculum sit per plures leges constituere ea, quæ per unam facile fieri potuissent: præterea lex Æbutia et leges Juliæ diversis temporibus adscribendæ sunt. Rationi itaque magis consentaneum est dicere, legem Æbutiam abrogasse legis actiones et quædam de formulis statuisse: necessario enim dicendum est, eam de altera agendi ratione quædam statuuisse, cum, comparando ætatem legis Æbutiæ et duarum Juliarum, quarum prior ad annum DXX, posteriores autem ad sequentia tempora (1) trahuntur, manifestum sit, intra longum intermedii temporis spatium Romanos, abolitis legis actionibus, non potuisse carere formulis, secundum quas actiones intenderent. Leges itaque Juliæ rationem agendi in judiciis per formulas accuratius tantum ordinavissent. Hanc explicationem non parum adjuvat Gellius, qui de legis actionum abrogatione locutus, leges

tamen intelligenda videntur; cum verisimile sit hisce legibus, quæ judiciariæ vulgo appellantur, de formularum disciplina, sicuti de aliis rebus ad ordinem judiciorum pertinentibus, introductas fuisse regulas certas: regulas dico, quia nimis exiguum fuisset cavere per leges de formularum diversis partibus et earum infinitis verborum conceptionibus, quas profecto melius definire potuerunt Jurisconsulti et Prætores in edicto.

(1) Bach. Hist. Jurisp. Rom., p. 147. — Pertinere etiam potest lex Æbutia ad annum DLXXVII vel DLXXXIII., cum hisce temporibus fuerint Tribuni Æbutii nomine.

Julias silentio præterit hoc loco. *Omnis illa XII. Tabularum antiquitas, nisi in legis actionibus Centumviralium causarum lege Æbutia consopita est.* XVI. c. 10. Antequam Gajus in lucem prodiret, de sententia legis Æbutiæ certabant interpretes (1), quorum alii, ut spuriam eam rejiciebant, alii eam, ut XII. Tabulas omnino abrogantem, habebant: denique multi innixi solo Gellii loco supra citato, defendebant per legem Æbutiam solummodo constituta fuisse judicia Centumvitalia: quorum vero omnium opinio falsa est, cum teste Gajo, in XII. Tabulis non nisi rationem agendi per legis actiones abrogaverit lex Æbutia, et Gellii verba sic concepta sint, ut potius præsupponant jam constituta judicia Centumvitalia: abrogando enim legis actiones in cæteris causis, ex hisce, Centumviraes excipit lex Æbutia, quin deprehendatur in Gellio quidquam, unde conjicere liceat, inter tot res jam lege Æbutia statutas, introducta simul fuisse judicia Centumvitalia.

Superest ut videamus, quatenus lege Æbutia abrogatæ sint legis actiones: inde accurate explicandus §. 31. Gaj. IV, in quo hæc leguntur: *« Tantum ex duabus causis permissum est lege agere: damni infecti, et si Centumvirale judicium.... ante lege agit sacramento apud Prætorem urbanum vel peregrinum (2). Propter damnum vero infectum*

(1) Bach. Hist. Jurisp. Rom. p. 147-148.

(2) Ex eo quod, si Centumvirale esset judicium, apud Prætorem peregrinum vel urbanum lege agebatur, patet eam-

nemo vult lege agere; sed potius stipulatione, quæ in edicto proposita est, obligat adversarium. quod et commodius jus et plenius est. » Ita non licebat lege agere nisi ex duabus causis, quarum etiam una nullius fere erat momenti, cum de damno infecto Prætor in edicto suo (1) proposuisset stipulationem, qua ad ædificium reficiendum promptius et facilius cogeatur adversarius. Contra ex causa Centumvirorum legis actiones, post formulas legibus Juliis introductas, frequentissime exerceri debebant; cum res gravioris momenti (2) apud Centum viros agerentur: frustra objiceres verba *permissum est*, quibus Gajus utitur in §. supra laudato ita esse intelligenda, ut lege agendi nulla fuisset necessitas, et pro litigantium arbitrio alia procedendi ratio institui potuisset; cum rerum, quæ permittuntur nulla sit obligatio: comparando autem totius orationis conceptionem, mox perspicuum est hanc non esse ejus sententiam, verbaque *permissum est* hic adscripta esse a Gajo, ut exprimant, quam generalis fuerit abrogatio legis actionum, quibus non amplius agere permissum erat, id est, licebat, nisi in causis Centumviralibus. Talem esse veram ver-

dem agendi rationem, quæ in causis civilibus observabatur, observatam quoque fuisse in causis peregrinorum, horumque lites coram Prætore peregrino institutas, quandoque a Centumviris dijudicatas fuisse; qua de re merito dubitari potuisset; cum inde peculiaris non fuisse videatur ratio procedendi seu in judiciis, seu apud Prætorem peregrinum.

(1) Vid. tit. Dig. de damno infecto. (2) Cic. Orat. I. 38.

horum significationem probat §. 95. Gaj. IV, quo docemur, non nisi per legis actiones, actum fuisse in illis judiciis : « *cæterum si apud Centumviros agitur, summam sponsionis non per formulam petimus, sed per legis actionem, sacramento... provocat, eaque sponsio Sestertiorum CXXV nummorum fit.... legem repertam.* Præterea si, formulis per leges Julias introductis, legis actiones apud Centumviros non vulgo institutæ fuissent, cum earum cognitio, hac agendi ratione in cæteris causis abolita, vix alicujus fuisset utilitatis, et Gajus tamdiu post leges Julias scribens, eas sane omisisset, aut saltem in compendio brevissimo, non nisi juris elementa continente, legis actionum doctrinam tanta industria non elaborasset. Non solum in causis centumviralibus, sed etiam in omnibus actibus voluntariæ jurisdictionis conservatæ sunt legis actiones (1) : in hisce enim intervenire poterat nec improbitas, nec fraus, qua, in contentiosa procedendi ratione, offensi erant animi : dein solennitates in hisce actibus observatæ, ex consuetudine longa, adeo populi moribus inhærebant, ut vix aboleri potuissent.

DE FICTITIIS ACTIONIBUS.

§. V.

FICTITIARUM ACTIONUM NATURA ET DIVISIO.

Fictitiæ actiones, sunt ipsæ legis actiones, quas extendens, Prætor exprimebat formula fictitia ad

(1) Ram. dis. p. 60.

casus novos et contrarios eorum, ex quibus directe competebant (1). Fictitiæ itaque actiones nil aliud erant nisi legis actionum extensiones, quarum vero indoles, omnino singularis, et diversa earum, quæ in actionibus utilibus deprehenduntur. Fictitias actiones Prætor non introducebat, nisi cum jus civile corrigeret, et jura, quæ legitimis actionibus continebantur, æquitatis causa extenderet ad alios casus, ad alias personas, in quibus non occurrebant conditiones jure civili requisitæ, ut ipsæ legis actiones darentur: sic si Prætor actionem legitimam ad peregrinum extendebat, ei fingeat civitatem romanam (2): cum autem contrarium esset juris rationi trahere legitimas actiones ad causas omnino diversas earum, ex quibus primum constitutæ fuerant, magistratus juri dicundo præpositus, contrarium veritatem voluit existentes videri conditiones requisitas, ut per earum fictionem non adversus jus civile actionem legitimam dare intelligeretur; inde fingere dicebatur, fictitiæque appellabatur actio, quam Prætor accommodabat contra ipsam legis sententiam in casibus, ubi jus civile in vulgus non probari putavit: hæc enim non erat ejus potestas, ut impugnando illud, ad causas contrarias traheret ipsas legitimas et directas actiones: hoc sensu apud Gajum actiones fictitiæ directis opponuntur (3). Quando Prætor non impugnabat jus civile, sed illud emendandi gratia, per interpreta-

(1) Gajus. IV. §. 10. 33. 34. (2) Gaj. IV. §. 37.

(3) Gaj. IV. §. 34.

tionem analogicam, ad similes causas extendebat, fictitia non dicebatur actio, sed simpliciter, ut aiunt, utilis; cum non esset, ut in illis fingeret casus contrarios in ipsa legis actione comprehendi; casus enim similes, ad quos pertinebat actio utilis, secundum rerum veritatem et legis sententiam ea continebantur (1). Ex hisce patet quamcumque actionem utilem, fictitiam non fuisse, quamvis negari non possit, actiones fictitias, utilitatis causa introductas, utiles esse et sub hoc nomine occurrere apud Gajum (2). Neque vero quaecunque actio prætorica fictitia est; Gajus enim singulas fictitias actiones enumerans, non sine consilio omisisse videtur plures actiones prætoricas, de quibus ipse alio loco loquitur, v. g., actiones de peculio (3); cujus rei ratio hæc est, quod magistratus per has actiones non extendebat juris civilis actiones ad novos casus; sed constituebat jus plane novum, quod fictionibus agendo non indigebat; cum ex eo introducerentur actiones etiam novæ, quæ ad nullam legis actionem exprimebantur. Fictionibus non usus est Prætor, nisi quando voluit legitimarum actionum procedendi rationem, in causis civilibus jam usitatam, trahere ad causas prætoricas, ut fictione fortasse jus

(1) Ita actioni legitimæ opponitur actio utilis in l. 22. §. 2. D. 39. 3.

(2) Gajus. IV. §. 38 — Cui consentaneus est Theophilus, qui in fine pr. Inst. III. 12., actionem, quam Gajus fictitiam dicit, utilem appellat. — Vid. SCHULTING. ad Ulp. XXVIII. 12.

(3) Gaj. IV. §. 69 ad 80.

ab ipso introductum, eadem vi ac potestate constare et eundem effectum habere videretur. Ne itaque credamus Prætores fictionibus usos fuisse, ut fraudulentos in jure usurpationes celarent; dicamus autem melius, Prætores eas maxime adhibuisse, quia simplicius et commodius videbatur componere priscam lege agendi normam, accommodatam ad casus novos, qui, quamvis contrarii censerentur ex subtili juris veteris rigore, simillimi tamen erant secundum veram rerum naturam et æquitatis præcepta, quam novam, nec magis efficacem procedendi rationem ex iis constituere. Præterea non video, qualis fuisset fictionum utilitas apud Prætores in usurpationibus simulandis. Nonne hæc erat formularum fictitiarum natura, ut statim ab omnibus cognoscerentur? An ii maxime, quorum intererat per fictiones ita non agi, de illis non conquesti essent (1)? Et quidem quo fundamento innixus est Heineccius, quando fictiones, sicut instrumenta fraudis et nequitiae Prætorum, vituperavit? Hoc scilicet, quod Prætor jus civile corrigere non posset, initioque magistratus teneretur jurare in leges, nullomodo se contra jus civile aliquid edicturum (2): L. 7. §. 1.

(1) Si sub fictionibus aliquid occultum intelligendum esset, verius saltem esset existimare eas Prætori inserviisse, ut non videretur ex aperto impugnare ea, quæ a majoribus constituta fuerant.

(2) Heinec., *Antiq. juris*. I. 11. §. 23, qui, dum vult hæc probare, provocat ad Cic. de finibus. II C. 22, ubi certe de Prætoris juramento sermo non est.

D. I. 2. primum argumentum refellit (1), et si adimus fontem ipsum, ex quo Heineccius induxit, Prætores jurasse se nihil in jure civili immutatu-
 ros, mox perspicuum erit, hoc falsum esse. Denique enucleatio singularum fictitiarum actionum mox probabit, eas non introductas fuisse contra æquitatem, sed ad utilitatem publicam.

Duo erant genera fictionum : per priores Prætores abrogaverant aliquid in forma lege agendi, quæ requisita erat, ut hujus vel illius juris talis fieret persecutio. Ad hanc fictionis speciem pertinet fictio pignoris capionis publicano proposita, de qua sic loquitur Gajus : *in ea forma, quæ publicano pro-*

(1) Theophilus quoque refellit sententiam Heineccii jus honorarium increpantis, sequentibus : Εἰς δὲ ὅτε ὁ πραιτωρ οὐ διορθοῦται, μὴν ἐναντιοῦται δὲ τῷ πολιτικῷ. οἷον, ὡς εἰρηκαμένη, εἰν ὁ ἀπελευθερὸς τὸν πατρῶνα πραιτερίον καὶ ἀλειψῇ, ὁ μὴν δωδεκάδεσλος καὶ ἐδίδετο τῷ πατρῶνι παροδὸν ἐπὶ τὰ πραγματὰ τῆς ἀπελευθεροῦ, ποιῇ δὲ διαθήκης νικωμένων. ὁ δὲ πραιτωρ ἐπενοήσῃ τὴν *contra tabulas*. — Οὐκοῦν ἐνταῦθα ἀντικρυς μαχεῖται. Οὐκ εἰς δὲ δυσχερὲς, οὐδὲ φιλονεικὸς ὁ πραιτωρ. ἡνικα γὰρ οἶδε τὸ πολιτικὸν εὐδοκίμουν, τότε οὐδὲ ἐπὶ διορθώσει, οὐδὲ ἐπὶ ἐναντίώσει, ἀλλὰ μᾶλλον ἐπὶ βεβαιώσει τιθήσει τὴν ἰδίαν νομοθεσίαν. — Aliquando autem Prætor non emendat, sed impugnat jus civile : veluti ut diximus, cum libertus patronum præterierit, lex quidem XII. Tab. ad bona liberti aditum non dabat patrono confectione testamenti superato ; sed Prætor bonorum possessionem contra Tabulas commentus est, itaque hic ex adverso pugnat. Non tamen difficilis vel contentiosus est Prætor : quando enim novit comprobari jus civile, tunc neque emendationis, neque impugnationis, sed potius confirmationis causa suam jurisdictionem interponit. Lib. III. IX. p.

ponitur, talis fictio est, ut quanta pecunia olim, si pignus captum esset, id pignus is, a quo captum erat, luere deberet, tantam pecuniam condemnatur. IV. §. 32. Fictio hujus actionis in eo est, quod Prætor, etiam non usurpata pignoris capione, permittebat publicano exigere eandem pecuniæ summam, in quam condemnatus fuisset debitor, si per ipsam legis actionem, i. e., per pignoris capionem actum fuisset: ita in hoc casu fingebatur ipsum fundamentum legis actionis, nimirum pignoris capio, quæ omissa fuerat. Fortasse et aliæ erant ejusmodi fictiones, quæ vero in codice nostro ob paginam bis rescriptam legi non potuerunt.

Per alias fictiones Prætor constituebat jus novum, exprimendo ad legis actionem diversas causas, ex quibus utique secundum jus civile non competebat legis actio. Ad hanc alteram actionum fictitiarum speciem proprie pertinent actiones a §. 34 ad Sum. 39 enumeratæ.

1°. Fictio qualitatis heredis, quæ competit iis, qui ex edicto bonorum possessionem petunt: per hanc etiam quandoque agebat bonorum emptor: de ea sic Gajus loquitur. §. 34. *Habemus adhuc alterius generis fictiones, in quibusdam formulis: velut cum is, qui ex edicto bonorum possessionem petiit, ficto se herede agit. Cum enim prætorio jure et non legitimo succedat in locum defuncti, non habet directas actiones, et neque id, quod defuncti fuit, potest intendere suum esse, neque id, quod defuncto debebatur potest inten-*

dere dari sibi oportere : itaque ficto se herede intendit , veluti hoc modo : JUDEX ESTO certus , id est , ipse actor proposita simul ita subjicitur : TUM SI PARET NUMERIUM NEGIDIUM AULO (AGERIO) SESTERTIUM X MILLIA DARE OPORTERE. §. 35. Similiter et bonorum emptor ficto se herede agit. — Species actionis , qua ficto se herede bonorum emptor agit , Serviana vocatur. Sic Prætor personis , quæ lege XII. Tab. ad successionem non vocabantur , accommodabat legis actionem , qua hereditas petebatur : cum enim animadverteret jus agnatorum odiosum esse , nec jam ad præsentem reipublicæ statum compositum ; cumque jus gentilitium in desuetudinem abiisset , voluit , ut et cognati succederent : eodem modo æquitatis causa contra tabulas testamenti admisit filios emancipatos. Isti autem cum non suo , sed prætorio jure heredes essent , indeque directas actiones non haberent , Prætor per fictionem eos sicuti heredes ab omnibus haberi voluit , indeque defendebat eos per interdicta et bonorum possessionem , quæ olim nil aliud erat , nisi executio juris hereditatis petendæ.

2º. Fictio usucapionis *actio Publiciana* , quæ datur ei , qui ex justa causa traditam sibi rem nondum usucepit , eamque per fictionem usucapionis , amissa possessione , petit. Justinianus , qui secundum Gajum concepit §. 3. I. de Act. videtur concepisse hujus actionis fictionem ad alium casum , quem proponit §. 5º. , postquam fictionis utilitatem sic descripsit in §. 4º. *Namque si cui ex justa causa res*

aliqua tradita fuerit (veluti ex causa emptionis, aut donationis, aut dotis, aut legatorum) et necdum ejus rei dominus effectus est : si ejus rei possessionem casu amiserit, nullam habet in rem directam actionem ad eam persequendam : quippe ita proditæ sunt jure civili actiones, ut quis dominium suum vindicet. Sed quia sane durum erat, eo casu deficere actionem : inventa est a Prætore actio, in qua dicit is, qui possessionem amisit, eam rem se ususepisse, quam usu non cepit, et ita vindicat suam esse : quæ actio Publiciana appellatur, quoniam primum a Publicio Prætore in edicto proposita est. §. 5. Rursus ex diverso, si quis cum reipublicæ causa abesset, vel in hostium potestate esset, rem ejus, qui in civitate esset, usuceperit : permittitur domino, si possessor reipublicæ causa abesse desierit, tunc intra annum rescissa usucapione eam petere : id est, ita petere, ut dicat possessorem usu non cepisse, et ob id suam rem esse. Ex silentio Gaji circa ultimam hanc actionem, quam Justinianus cum actione Publiciana hoc loco apposuit, merito conjicere liceret, errasse interpretes, qui vulgo Publicianam quoque appellarunt actionem usucapionis rescissoriam quæ, in integrum restitutionis lib. IV. tit. 6. Dig. contentæ species est, cum Gajus hujus nominis actionem plane restringat ad fictionem usucapionis. Donellus etiam ad hunc §. Inst. ex l. 57. D. de mand. jam negaverat eam Publicianam vocari debere. Id tantum rem difficilem reddit quod Ulpianum in l. 35. D.

de Act. et ipsum, Publicianam eam appellare (nonne fortasse jubente solo Justiniano?) videmus.

3^o. Fictio civitatis romanæ, de qua sermo est in Gajo IV. §. 37. *Item civitas Romana peregrino fingitur, si eo nomine agat, aut cum eo agatur, quo nomine nostris legibus actio constituta est, si modo justum sit, eam actionem etiam ad peregrinum extendi: velut si furti agat peregrinus, aut cum eo agatur, formula ita concipitur: JUDEX ESTO. SI PARET (OPE) CONSILIOVE FURTUM FACTUM ESSE PATERÆ AURÆ, QUAM OB REM EUM, SI CIVIS ROMANUS ESSET, PRO FURE DAMNUM DECIDERE OPORTERET, et reliqua. Item si peregrinus furti agat, civitas ei Romana fingitur, similiter si ex lege Aquilia peregrinus damni injuriæ agat, aut cum eo agatur, ficta civitate Romana judicium datur.* Natura hujus fictionis omnino indicat, qua mente per fictiones Prætor jus constituerit: cum hic, Romanorum imperio per magnum terræ tractum prolato, animadverteret ex commercio cum peregrinis gentibus, et ex dominatione in eas Romanos, quibus solis constitutum prius fuerat jus civile, mox eo induci, ut commune quoddam omnium gentium jus agnoscerent; peregrinis per fictionem permisit, ut ad jus persequendum agere possent. Merito autem, quærere liceret, utrum hæc fictio data in omnibus causis, ex quibus intersit cives actiones competeabant, utrum civitas romana solummodo fingeretur, cum ex maleficio vel quasi maleficio actio institueretur? Etenim, ut ait Brink-

mannus in notis subitaneis ad Gajum; si, cum ex alia causa ageretur, fingi potuisset civitas Romana, Gajus sane de ea re formulam etiam attulisset: hæc autem assertio omnino probanda non videtur; cum fortasse non nisi mero et fortuito casu fictionum civitatis romanæ exempla in maleficiis posuerit Gajus, prætereaque latius loqui intelligatur, dicens generaliter civitatis fictionem competere, si modo *justum sit*, actionem ad peregrinum extendi.

4°. Sicuti in altera fictione, in hac etiam sermo est de fingendo statu, quem non habemus. "*Præterea aliquando fingimus ad contrarium, debitorem nostrum capite diminutum non esse. Nam si ex contractu nobis obligatus obligatave sit, et capite diminutus diminutave fuerit, velut mulier per coemptionem, masculus per adrogationem, desinit jure civili debere nobis, nec directo intendere possumus? dare eum eamve oportere: sed ne in potestate ejus sit, jus nostrum corrumpere, introducta est contra eum eamve actio utilis, rescissa capitis diminutione; i. e., in qua fingitur capite diminutus diminutave non esse.*" Gaj. IV. §. 38. Hæc fictio constituta est contra eos, qui in manum vel adrogationem conveniendo, a creditoribus liberabantur; cum capitis diminutione, quam subierant, obligationes, ut *jura personalissima* extinguerentur, quum is, qui eos in manu mancipiove tenebat ex debitis antea contractis, non erat obligatus; etenim ex ære alieno, quod alius con-

traxit, cum alio agi non potest (1). Prætor, ut hanc juris civilis subtilitatem solveret, creditoribus concessit actionem fictitiam, qua, nisi defenderentur hæ personæ ab eo, in cujus potestate erant, magistratus permittebat, quasi capite diminutæ non fuissent, contra ipsas agere et vendere universa bona, quæ earum fuissent, si alieno juri sese non subjecissent (2). Talis erat hæc fictio, quam Justinianus ubique, quatenus ei licuerit pro nova juris conditione, Gaji ordinem secutus, causæ fere simili accommodatam exposuit in §. 6. I. de Act.

Ex natura harum fictionum perspicuum est, Prætores fictionibus correxisse jus civile non nisi in iis causis, ubi id, quod legibus erat comprehensum, moribus jam omnino contrarium videbatur, illisque constituisse id, quod tacitus populi consensus jam pro jure observaverat. Quis ideo dicat, eos improbe fecisse, eos fecisse quod non liceret? Quid enim intererat maxime apud Romanos, penes quos paucissimæ leges fuerunt de jure privato statuentes, quid intererat, constitui vel abrogari jus seu per leges seu per edictum, cum Prætor, in jure sanciendo, universi populi voluntatem secutus sit? Leges enim quare populum liberum obligant? Nonne quia eas comprobaverit? Ita Prætores pro jure recipiebant non nisi id, quod populus jam rebus et factis ita

(1) Theop. III. XI. §. 3, ubi hac de re juris veteris vestigia deprehenduntur.

(2) Gaj. IV. §. 80, ex quo videmus, qua ratione per hanc actionem actum fuerit.

declaraverat (1). Nonne jus Prætorium apud MARCIANUM laudatur uti *viva vox juris civilis* (2)? an Populus romanus profecto per tot fictiones tamdiu passus fuisset sibi injuriam fieri? Nonne Prætor uno anno imperium jurisdictionemque exercens, et a populo electus, in eo erat assiduus, ut sui nominis gloriam et populi favorem captaret? Imo hæc fuit Reipublicæ Romanorum conditio, ut vix emendari potuisset jus civile sine Magistratu, qui pro temporibus ingenium populi sedulo secutus, juris præcepta assidue accommodaret novis vitæ necessitatibus et ita faceret, quominus jus civile in eodem statu perpetuum languesceret, et ad maximum totius

(1) *Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est jus, quod dicitur moribus constitutum. Nam cum IPSÆ LEGES NULLA ALIA EX CAUSA NOS TENEANT, QUAM QUOD JUDICIO POPULI RECEPTÆ SUNT: merito et ea, quæ sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes: nam quid interest, suffragio populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis et factis? quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur. L. 32. D. I. 3.* Quid etiam nostris temporibus hisce verius et nobilius diceretur circa libertatem, qua populus quisque frui debet in jure civili recipiendo? — Eandem autem, quam ipsa consuetudo, vim habebat jus Prætorium, ut videre est apud Cic. de Inventione lib. II. c. 22. « *Consuetudinis autem jus esse putatur id, quod voluntate omnium civium sine lege vetustas comprobavit. In ea autem jura sunt quædam ipsa jam certa propter vetustatem; quo in genere alia sunt multa et EORUM MAXIMA PARS, QUÆ PRÆTORES EDICERE CONSUEVERUNT.*

(2) L. 8. D. I. 1.

Reipublicæ periculum cum moribus in contradictionem veniret. Inde Ciceronis tempore (1), jurisprudentia ex edicto Prætoris hauriebatur et jus Honorarium, ut olim XII Tabulæ, constituebat præcipuum juris fontem apud Romanos; eo enim maxime contigit, ut juris scientia tale apud romanos, quale apud nullum unquam populum, artis et gloriæ fastigium attigerit. Pro certo itaque teneamus, Prætores ad utilitatem publicam, fictitiis actionibus non solum jus, sed et agendi rationem correxisse (2); cum inducentes per eas Romanos ad legis actiones abrogandas, aliquatenus paraverint alterum ordinem judiciorum, scilicet formulas, de quibus nunc dicturi sumus.

(1) Cic. de legibus. I. c. 5.

(2) Ita in jure Anglorum occurrunt multa exempla harum fictionum in Actionibus, quæ apud populum adeo laudantur, ut valgo dicatur : *in fictione juris consistit æquitas*. Vid. BLAKSTONE. Vol. V. c. 19.

CAPUT SECUNDUM.

DE FORMULIS.

§. I.

FORMULARUM INDOLES.

Legis actionibus succedere formulæ, legibus Julii, ut exposuimus, introductæ; quæ novam procedendi normam statuentes, usque ad CONSTANTINI imperium duraverunt, sub quo, ordinaria cognitione sublata, et ipsæ sublatae sunt (1).

Ne tamen credamus per formulas universam agendi rationem fuisse penitus subversam; non enim ipsi actus solennes, in judiciorum ordine observati, aboliti sunt, sed verborum conceptiones potius, quibus in illis utebantur. Inde Gajus, de formulis tractans, nil dicit de alia quadam agendi forma ac ratione, quæ actibus solennibus in legis actionibus usitatis substituta fuerit. Id maxime eo confirmatur, quod formulæ a Gajo definiuntur *verba concepta* (2), loco verborum in legis actionibus conceptorum certe recepta. Ratio quoque, propter quam formulæ in hisce observatae displicuerunt, probat illud maxime necessarium fuisse tempore, quo abrogabantur, ut, dilatatis reipublicæ finibus, novisque vitæ civilis rationibus, antiquæ istæ ac anxie procedendi formulæ, aliis, novis rebus convenientibus, cederent. Nonne jam per fictionem erant a Præatore

(1) L. 1. C. 2. 58.

(2) Gaj. IV. §. 30.

illæ actiones ad casus plane diversos contra ipsum legum tenorem extensæ? Opus erat, ut verborum conceptionibus angustis vinculis circumscriptis substituerentur aliæ, singulis casibus facile accommodandæ, quibus commodius et securius in judiciis ageretur.

Certum est plurimos actus solennes in legis actionibus usitados, post formulas Julias etiam usurpatos fuisse; cum modo sub iisdem, modo sub diversis nominibus veniant. Sic sacramenti loco sponsiones fiebant: judicis postulatio semper in usu erat: pignoris capio ad alias causas translata: condictio vero proprie vocata in desuetudinem abierat, cum jam nulla denuntiatio fieret, quamvis actiones in personam, ex quibus olim usitata erat, improprie etiam conditiones dicerentur (1). Manus injectio, quando per formulam agebatur, non amplius instituebatur, quum is, cum quo judicati deponsive actio intendebatur, ante judicium judicatum solvi satisfacere cogeretur, quo fiebat, ut inutilis esset (2). Ita quædam in actibus legis actionum solennibus mutata fuere, quippe quæ duriora erant, aut formularum novarum rationi parum conveniebant. His dictis, transeamus ad explicationem accuratorem formularum.

Formulæ sunt verborum conceptiones, secundum quas judicium ordinatur a Præatore, qui pro diversis casibus a litigantibus propositis, diverse definit sin-

(1) Gajus. IV. §. 18.

(2) Gaj. IV. §. 25.

gula actionum momenta, quibus iudices intelligant, quatenus de re iudicandum sit. Erat ergo formularum finis atque utilitas hæc, ut accuratim iudici, ordinaria in cognitione sententiam dicturo, rem de qua iudicaret designarent. Eadem erat iudici, quæ litis expositionis Prætori factæ, formularum necessitas. In causa quaque omnes, quarum notitia iudici necessaria erat, rerum circumstantiæ formula indicabantur, quæstionisque, quam decideret, dabatur justa definitio. Inde maxime, quod cuique casui speciatim erant adaptatæ, a legis actionibus secundum generalia legum verba conceptis, formulæ differebant. Cicero earum indolem in *Orat. pro Roscio Comædo* cap. VIII. ita descripsit : « *Sunt jura, SUNT FORMULÆ de omnibus rebus constitutæ, ne quis aut in genere injuriæ aut in ratione actionis errare possit : EXPRESSÆ sunt enim ex uniuscujusque damno, dolore, incommodo, calamitate, injuria, PUBLICÆ A PRÆTORE FORMULÆ, ad quas privata lis accommodatur.* Contra sic legis actionum naturam exponit. Gajus » *Actiones, quas in usu veteres habuerunt legis actiones appellabantur quia ipsarum legum verbis accommodatæ erant, et ideo immutabiles proinde atque leges observabantur. Unde eum, qui de vitibus succisis ita egisset, ut in actione VITES NOMINARET, RESPONSUM FUIT, REM PERDIDISSE, QUIA DEBUISSET ARBORES NOMINARE eo, quod lex XII Tabularum, ex qua de vitibus succisis actio competeret, GENERALITER DE ARBORIBUS succisis loque-*

retur. — Sed istæ omnes legis actiones paulatim in odium venerunt. Namque EX NIMIA SUBTILITATE veterum, qui tunc jura condiderunt, eo res perducta est, ut vel QUI MINIMUM ERRASSET, LITEM PERDERET. Itaque per legem *Æbutiam* et duas *Julias* sublatae sunt istæ legis actiones, effectumque est, ut PER CONCEPTA VERBA, id est, PER FORMULAS *litigaremus*. Gaj. IV. §. 11. 30. Ex hac comparatione patet a legis actionum maxime diversam fuisse formularum rationem; cum per hasce correcta fuerit illarum subtilitas. Quamvis hæc omnia jam e supra dictis fluere, placuit tamen ea extensius demonstrare, quia hactenus interpretes legis actiones cum formulis confuderant: ita locus Ciceronis mox laudatus ad legis actionum formulas refertur a Brissonio (1) et aliis, qui adeo erraverunt, ut affirmaverint hasce a Flavio et *Ælio Sexto* publicatas, usque ad Theodosii tempora in usu permansisse. Verum quidem est, hos interpretes caruisse fontibus, unde meliora discerent: vix autem existimaverim virum ingenio præstantissimo, celeberrimum *Berriat-Saint-Prix*, in eundem errorem nunc lapsurum; cum ipse se Gaji codicem nuper repertum consuluisse monuerit (2). Ex hac legis actionum cum formulis per-

(1) BRIS. de verb. signif. voce FORMULÆ.

(2) Hist. du droit rom. p. 52 à 59, ubi videmus auctorem non solum confudisse formulas cum legis actionibus, sed pro vulgari doctrina, legis actiones non pro actibus solennibus agendi in jure coram Præto, sed pro meris verborum conceptionibus cum symbolicis signis, non in jure solummodo, sed ubique et in quocumque actu celebrandis.

mixtione , maxime orta est obscuritas , qua legis actionum et formularum doctrina involuta est : etenim , sicuti in casu supra proposito , quod Cicero de formulis dixerat , de legis actionibus dictum habebant interpretes et vice versa ; cum vero accideret , ut , quandoque laudaret formulas Cicero , et alibi contra , legis actionum subtilitatem detrectaret (1) , hæc invicem pugnantia ad unam et eandem rem referentes , isti non animadvertiebant cum semetipsis se in contradictionem venire.

Formulas expressas a Prætoribus et publicas fuisse nos edocuit Cicero in loco supra laudato ; si igitur nectimus hæc cum iis , quæ a Gajo afferuntur (2) , dubium esse non potest , formulas propositas etiam fuisse in *albo* , neque quidem separatim , sed sub ipso *titulo* , quo jus continebatur , quod quidem sic factum fuisse existimo : Prætor descripto jure , ex quo dicebat illa verba : ACTIONEM DABO , statim , ne quis , ut ait Cicero , aut in genere injuriæ aut in ratione actionis errare posset , subiciebat formulam ad juris descripti speciem compositam , quæ

(1) Orat. pro Murena §. 11-12.

(2) *Ceteræ quoque FORMULÆ , quæ SUB TITULO DE IN JUS VOCANDO PROPOSITÆ SUNT , in factum conceptæ sunt : velut adversus eum qui in jus vocatus neque venerit , neque vindicem dederit ; item contra eum , qui exemerit eum , qui in jus vocatur . Et denique INNUMERABILES EJUSMODI ALIÆ FORMULÆ IN ALBO PROPONUNTUR . Sed ex quibusdam causis PRÆTOR et in jus et in factum conceptas FORMULAS PROPONIT . Gaj. IV. §. 4. 6. 47.*

quamvis generalis esset, facile accommodabatur a litigantibus ipsis privatae liti: per hanc juris et formulæ conjunctionem simul percipiebatur fundamentum actionis et formula, sub qua instituenda erat. Ita cognoscimus rem plane novam, scilicet Edictum Prætoris, quale in Digestis nunc concipitur, ad nos integrum non pervenisse; cum nullibi de his formulis sermo sit; hoc vero mirum non est, si attendimus Justinianum in jure novo componendo voluisse, ut amoverentur ea, quæ non amplius congruebant præsentis juris conditioni, cui certe alienæ erant formulæ nostræ, quæ sublata cognitione ordinaria, sub Constantino jam nullius erant utilitatis, cum in extraordinaria cognitione, Prætores judicem non dante, indeque rem dijudicante, non erat quod semetipsi præscriberet formulam, qua disceret quomodo agendum esset: inde lex 47. D. III. 5 *“ in extraordinariis judiciis, ubi conceptio formularum non observatur, hæc subtilitas supervacua est.* Ita etiam oritur maxima differentia Justiniani et Gaji Institutionum: apud priorem nullum relictum est formularum vestigium: contra apud alterum universa actionum doctrina cum formulis intime cohæret.

Prætores edictum componentes has formulas quærere solebant a Jurisconsultis (1): inde, cum ætate, qua introductæ sunt formulæ, jurisprudentia effloresceret, tanta elegantia et sagacitate definitæ sunt:

(1) Val. Max. lib. VIII. c. 2.

nec enim jam alicujus ponderis opinio eorum , qui , innixi c. 11. 12. Orat. pro Muræna supra citatis , habebant eas , turpes juris Romani subtilitates , cum Cicero ibi exprobratione , ut vidimus , non formulas Julias , sed legis actiones persecutus sit. Præterea sufficit meminisse , qualis fuerit apud Romanos egregia illa procedendi ratio , qua imperium cognoscendi judiciorumque exequendi a munere judicandi omnino separatum erat , unde tot commoda ad omnium civium libertatem et utilitatem redundabant , ut nequeamus non bene existimare de formulis , sine quibus vix consistere potuisset illa separatio , quæ constituebat fundamentum ordinis judiciorum. Judices selecti a litigantibus ipsis (1) inter privatos , sine Prætoris mandato , quod iis accuratius præscriberet , quid in causa agendum esset (2) , rite et juste sententiam ferre non potuissent ; cum Magistratus iis relinqueret inquisitionem de veritate facti

(1) *Neminem voluerunt majores nostri , non modo de existimatione cujusquam , sed ne pecuniaria quidem de re minima esse judicem , nisi qui inter adversarios convenisset. Cic. Orat. pro Cluentio. — Pro diversis reipublicæ temporibus judicia fuerunt penes Equites , quandoque penes Senatores et etiam penes utrosque. Ex his Prætor judices seligebat , qui de privatis negotiis judicarent : jurabat autem Prætor se optimum quemque seligere. — Gell. XIV. c. 2. — Senec. III de Benef. c. 7. — Plin. XIV. c. 1. — Hæc de formulis dicta referri etiam possunt ad judicis postulationem , supra expositam.*

(2) Ob formulam præscriptam judex sic a Varrone de lingua latina , Lib. V. appellatur : *hinc judex , quod tunc jus dicat , accepta potestate , id est , QUIBUSDAM VERBIS FINITA.*

et quandoque de quantitate præstationum, quæ ex facto descendebant. Qui vigentibus formulis usitatus ordo judiciorum privatorum, pro populo erat libero constitutus; quapropter formulæ, quæ civitate olim libera, sapientissimam causam habere videbantur, sub Imperatorum tyrannide liberam veteris Reipublicæ indolem nimis sapere visæ sunt, et cum universo juris splendore sepultæ corruerunt. Denique mox videbimus formulas non odiosis subtilitatibus laborasse: contra vix possumus in illis non laudare acutam circumspectionem, paucorum verborum amplissimum significatum et litium facilem et celerrimum per illas exitum, quin in iis offendat illa inanis garriendi licentia, quæ etiam hodie in formularum conceptione quandoque deprehenditur.

§. I I.

FORMULARUM DIVISIO IN FORMULAS IN JUS ET IN FACTUM CONCEPTAS.

Ante explicationem singularum cujusque formulæ partium, quibuscum intime conjuncti sunt cæteri, qui sequuntur tituli de formulis, prius exponenda nobis videtur earum divisio generalis in formulas in jus et in factum conceptas.

Formula in jus concepta est ea formula, secundum quam, jubente Præatore, judex inquit: *quantum ex jure actori præstari oporteat* propter factum, quod certum videtur: contra formula in factum concepta ea est, secundum quam judex inquit, *an verum sit factum*, a Præatore nomi-

natum; cum præstatio ex hoc facto proveniens jure certa sit (1). Hanc utriusque formulæ definitionem non solum confirmat oppositio ipsa verborum in jus et in factum, sic sæpe apud veteres Jurisconsultos occurrens (2); sed et ipsa formularum exempla a Gajo allata in Com. IV. §. 47. « *Sed ex quibusdam causis Prætor et in jus et in factum conceptas formulas proponit, velut depositi et commodati; illa enim formula, quæ ita concepta est: JUDEX ESTO, QUOD AULUS AGERIUS APUD NUMERIUM NEGIDIUM MENSAM ARGENTEAM DEPOSUIT, QUA DE RE AGITUR, QUIDQUID OB EAM REM NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO DARE FACERE OPORTET EX FIDE BONA EJUS, ID JUDEX NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO CONDEMNATO, SI NON PARET* (3) ABSOLVITO, *in jus concepta*

(1) Gaj. IV. §. 45 et 46.

(2) L. 122. D. de verb. signif. l. 17. D. de donat. inter vir. et uxor. et aliæ leges. — Sic etiam apud Anglos, quorum simillimus Romanorum est judiciorum Ordo, prouti de jure vel de facto a Juratis judicibus quæstio dicidenda est, formula in jus vel in factum proponitur litigantibus, qui dicuntur *join an issue* seu *of righth*, seu *of fact*.

(3) Verba SI NON PARET hic, ni fallor, non pertinent ad factum, quod ut certum exprimitur his verbis: *quod Aulus Agerius mensam argenteam apud Numerium Negidium deposuit*; ea autem spectare quæstionem juris, ex qua inquirendum erat AN et QUATENUS præstari oporteret, indicare videtur alterum ejusdem partis formulæ exemplum, ubi ita occurrit VOX PARET: *quidquid PARET Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportere*. §. 41 Gaj. IV. Cæterum si verba SI NON PARET ad factum referenda sunt, fatendum erit tamen illud non investigatum fuisse, nisi obiter et quatenus ex ejus veritate, judicium de præstationibus solvendis penderit.

est. At illa formula, quæ ita concepta est : JUDEX ESTO. SI PARET AULUM AGERIUM APUD NUMERIUM NEGIDIUM MENSAM ARGENTEM DEPOSUISSE, EAMQUE DOLO MALO NUMERII NEGIDII AULO AGERIO REDDITAM NON ESSE, QUANTI EA RES ERIT, TANTAM PECUNIAM JUDEX NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO CONDEMNATO : SI NON PARET, ABSOLVITO, in factum concepta est : similes etiam commodati formulæ sunt. » Ex duplici hac et diversa formulæ ob eandem causam conceptione et maxime ex positione verborum SI PARET in altera initio, in altera ad finem formulæ collocatorum, patet judicem in formula in factum maxime inquisiisse de veritate depositæ mensæ argenteæ; in formula vero in jus de eo, quod reus dare facere ex jure oporteret propter depositum, quod intervenit; comparando enim utramque formulam, attendimus id, quod solius demonstrationis gratia positum est in formula in jus concepta, « *Quod Aulus Agerius apud Numerium Negidium mensam argenteam deposuit, »* in formula in factum concepta quæstionis vicem subire : « *Si paret, Aulum Agerium apud Numerium Negidium mensam argenteam deposuisse eamque dolo malo Numerii Negidii Aulo Agerio redditam non esse : »* contra in formula in factum, ubi veritas depositi a judice erat inquirenda, præstationum quantitas jure definita erat (1), condemnatione « *quanti ea res*

(1) Id non solum probatur ex deposito, ubi actio simpli vel dupli erat, sed etiam ex altera formula in factum §º. 46. Gaj. IV. apposita. « *Recuperatores sunt. Si paret, illum*

erit » indicante, in rei æstimationem condemnandum esse reum ; quum in formula in jus, ubi quæstio circa id, quod præstandum erat, præstationum quantitas, ex bona fide adversarii dijudicanda, incerta erat ; « *Quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex bona fide ejus.* » Præterea non parum adjuvat hanc expositionem §. 60 Gaj. IV., ubi exprimitur differentia formulæ in jus et in factum conceptæ circa periculum actori incumbens, si plus quam oporteat ab ipso demonstratum sit. Gajus hoc loco, adversus opinionem quorundam Jurisconsultorum dicentium litem perdere eum, qui in actionibus, ubi damnatus quisque ignominia notatur, plus demonstrabat, distinguit dicendo : hoc esse verum in formula in factum concepta, falsum autem in formula in jus concepta : hujus distinctionis ratio necessario petenda est ex eo, quod in formula in factum quæstio movetur circa veritatem facti demonstrati, eoque in hoc casu demonstratio est loco hujus partis formulæ, quæ INTENTIO vocatur (1), qua actor causa cadebat, si plus petierat ; in formula vero in jus concepta ; cum quæstio de eo, quod ex jure præstandum sit, non contineatur in demonstratione, sed in intentione, actor litem non perdit, si

patronum ab illo liberto contra edictum illius Prætoris in jus vocatum esse, Recuperatores illum libertum illi patrono Sestertium X millia condemnanto : si non paret, absolvunto.

(1) Intentio est ea pars formulæ, qua actor desiderium suum concludit. Gaj. IV §. 41. 43.

in demonstratione plus posuerit (1). Nunc ipsum Gajum loquentem audiamus, et statim omnia perspicua erunt. « *Cum in ea formula, quæ in jus concepta est, initio res, de qua agitur, demonstratur, DEINDE INFERATUR JURIS CONTENTIO HIS VERBIS, QUID- QUID OB EAM REM ILLUM MIHI DARE FACERE OPORTET; in ea vero quæ in factum concepta est sine ulla juris contentione in demonstratione (2) res, de qua agitur designetur his verbis: SI PARET ILLUM APUD ILLUM DEPOSUISSE: dubitare non debemus, quin si quis in formula, quæ in factum composita est, plures res designaverit, quam deposuerit, litem perdat, quia in intentione demonstratio continetur.* Gaj. IV §. 60. Nonne hisce Gajus expressis verbis descripsit naturam et utilitatem singularum formularum tum in jus, tum in factum conceptarum! Ita videmus, si formula in factum concepta erat, faciliorem fuisse judicii exitum; cum hæc magis specialis, verbis certis exprimeret factum, de quo agebatur, ut nihil magis expeditum esse debuerit, quam ejusmodi lis finienda. In formula vero in jus, ubi quæstio non ex veritate facti, sed maxime ex ejus natura pendebat, judicis officium longe difficilius erat; cum hic ponderare debuerit maxima industria majorem minoremve præstationum quantitatem ex diversis rerum circumstantiis, et litigan-

(1) Gaj. IV. §. 58.

(2) Ita textum fortasse restituendum mecum benevole communicavit vir Cl. WARNKOENIG, cum hæc ipsi, pro ejus munere Actuarii Academiæ, prelis subjicienda traderem.

tium actibus. SENECA respiciens hanc diversitatem causæ juris et causæ facti ait : « *De quibusdam etiam imperitus judex dimittere Tabellam potest, ubi FECISSE AUT NON FECISSE, pronuntiandum est, ubi prolatis cautionibus controversia tollitur : ubi vero inter disputantes RATIO JUS DICIT, ibi animi conjectura capienda est; ubi id, de quo sola sapientia decernit, in controversiam incidit, non potest ad hæc sumi judex ex turba selectorum, quem census in album et equestris hereditas misit.* De Benef. III c. 7.

Si quæeratur quales actiones hac vel illa formula expressæ sint, difficilior est responsio, cum res obscura sit. Attamen animadvertere non inutile erit omnia exempla formularum in factum composita esse ad actiones Prætorias (1), formulasque in jus ita esse definitas, ut excludere videantur actiones, quæ non sunt juris civilis « *Sed eas quidem formulas, in quibus de jure quæritur, in jus conceptas vocamus. Quales sunt, quibus intendimus nostrum esse aliquid ex jure Quiritium, aut nobis dare oportere, aut pro fure damnum decidere oportere : IN QUIBUS JURIS CIVILIS EST INTENTIO. CETERAS VERO in factum conceptas vocamus, id est, in quibus nulla talis intentionis conceptio est; sed initio formulæ nominato eo, quod factum est, adjiciun-*

(1) Quare formulis in factum præcipue exprimebantur actiones Prætoris? An eo quod actiones componens, maxime supplendi juris civilis gratia, prouti ei hoc vel illud deesset, variis factis occurrentibus varia accommodabat in factum judicia?

tur ea verba , per quæ judici damnandi absolvere potestas datur. Qualis est formula , qua utitur patronus contra libertum , qui eum contra edictum Prætoris in jus vocat. — Ceteræ quoque formulæ , quæ sub titulo de in jus vocando propositæ sunt , in factum conceptæ sunt : velut adversus eum , qui in jus vocatus neque venerit , neque vindicem dederit , item contra eum , qui exemerit eum , qui in jus vocatur et denique innumerabiles ejusmodi aliæ formulæ in albo proponuntur. SED EX QUIBUSDAM CAUSIS Prætor in jus et in factum conceptas formulas proponit. Gaj. IV. §. 45. 46. 47. Ita in jus concipiebantur tantummodo eæ actiones , quarum intentio juris civilis erat : cum vero ceterarum formulæ , quarum talis non erat intentio , in factum exprimerentur , Prætoriae actiones , quæ secundum jus civile non intendebantur , in factum necessario esse debuerunt : denique formulas in factum a Gajo citatas et Prætorias et in factum actiones appellat Theophilus (1). Mox autem Gajus quasi exceptionis et oppositionis causa eorum , quæ supra dicta sunt , monet quasdam actiones juris tum civilis tum Prætorii , non solum aut in jus , aut in factum ; sed et in jus et in factum etiam concipi potuisse. Inter illas actiones , quæ et in factum et in jus accommodari potuerunt , quarumque numerus magnus non erat ; cum Gajus ex quibusdam causis dicat , fuisse omnes actiones , ex quibus damnati ignominia no-

(1) Theop. IV. §. 12 de Act.

tantur, probat §. 60 Gaj. IV; sed et aliæ profecto erant actiones; cum commodatum, ad hanc actionum speciem non pertinens, in factum tamen exprimi potuerit. Qualiscumque sit res, manifestum est omnes, quas novimus formulas in factum, poenales et ex delicto fuisse: nam actiones, quibus unusquisque ignominia notatur, eatenus in factum formulis expressas puto, quatenus ex actionibus furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, de dolo, item tutelæ, mandati, depositi factum illicitum inquirendum; formulis vero in jus, si de præstationum quantitate dijudicandum esset. Inde causas formularum in factum, actiones poenales dicit ipse Justinianus in §. 12 I. de Act., qui ex §. Gaj. supra citato excerptus est.

§. III.

DE SINGULIS FORMULARUM PARTIBUS ET ALIIS VERBORUM ADJECTIONIBUS, QUÆ FORMULIS ACCEDUNT.

Antequam formularum doctrinam Gajus explicat, necessarium existimat incipere, subnectendo formulæ partium indicem, id est, quasi clavem formulariam; cum actionum doctrinam exponens magis spectet formam eas instituendi, quam jus earum; ita, ut universa illarum disciplina strictissime cum formularum conceptione conjuncta sit: secundum hanc rationem demonstravit, quomodo diversa esse debuerit formulæ conceptio, prouti actiones erant stricti juris, vel bonæ fidei, vel arbitrariæ; exercitoriae vel institoriae, de in rem verso vel tributoriae; et denique prouti petitoriae vel possessoriae erant

actiones. Gajus enim ex his omnibus causis, non inquit in naturam actionum, nisi quatenus ex earum diversa natura, aliquid singulare, quoad formularum conceptionem et agendi rationem, accedat.

Partes formularum, quæ continentur, tam in formula in jus, quam in formula in factum concepta, sunt hæ: demonstratio, intentio, adjudicatio, condemnatio, quibuscum non immerito conjungendæ videntur exceptiones, replicationes et maxime præscriptiones: quamvis enim a Gajo separatæ fuerint ab hisce formularum partibus; nihilominus cum, teste ipso Gajo, sint verborum adjectiones, ex quibus accedit formulæ conceptio verborum, quæ neque intentio, neque condemnatio, neque adjudicatio, neque etiam demonstratio est, non incommode de illis simul hoc loco tractari existimavi, Gaji ordinem paululum immutando (1).

1°. Inter formularum partes sic primum definit demonstrationem Gajus IV. §. 40: « *Demonstratio* »
« *est ea pars formulæ, quæ præcipue ideo inseri-* »
« *tur, ut demonstretur res, de qua agitur. Velut* »
« *hæc pars formulæ: QUOD AULUS AGERIUS APUD* »
« *NUMERIUM NEGIDIUM HOMINEM DEPOSUIT.* » Demonstratio itaque continebatur nomen actoris et rei, illiusque titulus, veluti obligationis species, seu causa, unde actio descendebat: in demonstratione designanda erant quæcunque poterant designationem rei, de qua agebatur, certiore facere (2).

(1) Gaj. IV. §. 129.

(2) Collat. leg. mos. tit. II. §. 6.

2^o. Intentionem sic explicat : « *Intentio est ea*
 « *pars formulæ, qua actor desiderium suum con-*
 « *cludit. Velut hæc pars formulæ : SI PARET,*
 « *NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO SESTERTIUM X*
 « *MILLIA DARE OPORTERE.* » Gaj. IV. §. 41. Intentio
 igitur pertinet ad ipsum momentum, quod a iudice
 dijudicandum est, quando inquit an debeatur,
 et quantum debeatur : in hac exponebatur ratio
 litis motæ, in demonstratione vero designabatur
 litis occasio et causa.

3^o. « *Adjudicatio est ea pars formulæ, qua*
 « *permittitur iudici rem alicui ex litigatoribus*
 « *adjudicare : velut si inter coheredes familiæ*
 « *erciscundæ agatur, aut inter socios communi*
 « *dividundo, aut inter vicinos finium regundo-*
 « *rum..... ADJUDICARI OPORTET, JUDEX TITIO*
 « *ADJUDICATO.* Gaj. IV. §. 42.

4^o. « *Condemnatio est ea pars formulæ, qua*
 « *iudici condemnandi absolvendive potestas per-*
 « *mittitur. Velut hæc pars formulæ : JUDEX NU-*
 « *MERIUM NEGIDIUM SESTERTIUM X MILIA CONDEMNA :*
 « *SI NON PARET, ABSOLVE.* » Gaj. IV. §. 43. Exempla
 adjudicationis et condemnationis, supra citata, satis
 indicant singulas comprehendisse litis finem et con-
 sequentiam : pro diversa controversiæ causa, hac
 vel illa agebatur.

Harum formulæ partium ea non est ratio, ut
 omnes simul in eadem inveniantur; nam ubi est
 condemnatio, ibi non erit adjudicatio; sed nun-
 quam earum una potest sola constituere formulam

præter intentionem , quæ aliquando sola invenitur , sicut in præjudicialibus formulis : qualis est , qua quæritur , ALIQUIS LIBERTUS SIT , VEL QUANTA DOS SIT , et aliæ complures , Gaj. IV. §. 44. Ex his formularum præjudicialium exemplis patet , ut postea accuratius explicabimus , notionem actionis præjudicialis aliam esse apud Gajum , aliam apud Justinianum (1). Nunc describendæ sunt ceteræ verborum adjectiones , quæ in formula conceptæ , ejus partem efformant.

I. *Exceptiones et Replicationes.* A proposito dissertationis hujus alienum est investigare jus , quod in exceptionibus comprehenditur ; cum hac ex parte a Gaji , Justiniani Institutiones non differant : quoad exceptiones , quæ , procedendi rationem respicientes et a Gajo enumeratæ , omissæ vel permutatæ fuerunt a Justiniano , singularum naturam exponemus in singulis locis , ad quæ proprie pertinent.

« *Exceptiones comparatæ sunt defendendorum*
 « *eorum gratia , cum quibus agitur. Sæpe enim*
 « *accidit , ut quis jure civili teneatur , sed ini-*
 « *quum sit eum judicio condemnari.* » Gaj. IV
 §. 116. Ut aliæ formularum partes , sic exceptiones quoque in jure propositæ , formulæ inserebantur in omnibus causis stricti juris ; nam in negotiis bonæ fidei , quamvis formulæ non insertæ , recte a reo apud judicem etiam objiciebantur. Cicero de exceptionibus apud Prætorem componendis sic loquitur : « *In nostra consuetudine multis de causis*

(2) I. IV. §. 13.

« fit, ut rarius incidant translationes : nam et
 « prætoriis exceptionibus, multæ excluduntur
 « actiones, et ita jus civile habemus constitutum,
 « ut a causa cadat is, qui non, quemadmodum
 « oportet, egerit. Quare in jure plerumque ver-
 « santur. Ibi enim et exceptiones postulatur,
 « et quodammodo agendi potestas datur, et omnis
 « conceptio privatorum judiciorum constituitur.
 « In ipsis autem judiciis rarius incidunt, et tamen
 « si quando incidunt, ejusmodi sunt, ut per se
 « habeant minus firmitudinis. » Cic. de Inven-
 tione, II. 19.

Omnes exceptiones concipiuntur in contrarium
 ejus, quod affirmat is, cum quo agitur : nam, si
 verbi gratia, reus dolo malo aliquid actorem facere
 dicat, sic exceptio concipitur : *si in ea re nihil
 dolo malo Auli Agerii actum sit, neque fiat.*
 Inde, teste Gajo IV. §. 119, omnis exceptio, a reo
 objecta, ita formulæ inseritur, ut conditionalem
 faciat condemnationem, id est, ne aliter judex eum,
 cum quo agitur, condemnet, quam si nihil in ea
 re, qua de agitur, dolo actoris factum sit. Exceptio
 dilatoria, litis initio, coram Præatore objicienda ;
 nam postea proposita, actionem non differebat,
 quamvis appareat hac de re Gaji tempore inter
 jurisconsultos controversiam fuisse : « *dilatoria
 vero si non fuerit usus, an in integrum res-
 tituatur, quæritur.* » Gaj. IV. §. 125. Nescio, an
 hæc controversia circa indolem exceptionis dilato-
 riæ cognita fuerit. Exceptio peremptoria semper

quidem nocet, ideoque si reus ea non fuerit usus, in integrum restituitur recuperandæ exceptionis gratia. Quod pertinet ad replicationem; hæc nil aliud est, quam nova exceptio, qua actor rei exceptionem elidere conabatur: inde replicatio omnino ejusdem naturæ erat, cujus erat exceptio, et in eadem forma proponebatur.

II. De præscriptionibus.

Vidimus formulæ condemnationem conditionalem fieri per exceptionis vel replicationis adjectionem; nunc, videamus quomodo, per præscriptionem formulæ adjectam, res, de qua agitur, accuratius definiatur. Pars fragmenti de præscriptionibus jam quatuor abhinc annis publicata est et notis illustrata; sed, cum ejus major pars deficeret, vix interpretes doctissimi præscriptionum significationem definire potuerant; universo autem tituli fragmento reperto, facilius inquiremus in veram earum naturam.

Præscriptiones sunt clausulæ, inde dictæ, quod per illas ante formulas præscriptas actor certis verbis intentionem suam generaliore restringit, et exinde eam accuratius definit (1). « *Sæpe enim, inquit*
 « *Gajus, ex una eademque obligatione, aliquid*
 « *jam præstari oportet, aliquid in futura præ-*
 « *tatione est. Velut, cum in singulos annos, vel*
 « *menses certam pecuniam stipulati fuerimus:*
 « *nam finitis quibusdam annis, aut mensibus,*
 « *hujus quidem temporis pecuniam præstari oportet.*

(1) Cic. de orat. lib. I. c. 37. — Gaji IV. §. 132. 134-140.

« tet, futurorum autem annorum sane quidem
 « obligatio contracta intelligitur, præstatio vero
 « adhuc nulla est. Si ergo velimus id quidem,
 « quod præstari oportet, petere et in iudicium
 « deducere, futuram vero obligationis præstatio-
 « nem in incerto relinquere, necesse est, ut cum
 « hac præscriptione agamus : EA RES AGATUR
 « CUIUS REI DIES FUT. Alioquin si sine hac præ-
 « criptione egerimus, ea scilicet formula, qua
 « incertum petimus, cujus intentio his verbis con-
 « cepta est : QUIDQUID OB EAM REM NUMERIUM NE-
 « GIDIUM AULO AGERIO DARE OPORTET, totam obliga-
 « tionem, id est, etiam futuram in hoc iudicium
 « deducimus..... » Gaj. IV. §. 131. Ex his
 patet præscriptiones ab actore formulæ insertas fuisse,
 ne citius in iudicium rem inducendo intentionemque
 generalem concipiendo, plus petere videretur, eoque
 circa præstationem futuram causa caderet. Præterea
 præscriptiones eam quoque utilitatem habebant, ut
 per eas iudex, edoctus secundum strictam præsta-
 tionis faciendæ rationem, facilius dijudicaret; cum
 propter intentionis supra citatæ incertitudinem,
 veram iudicii causam vix distinguere licuisset : præ-
 criptionis adjectio contra restringebat formulam,
 præstationes debitas ab indebitis separabat et id,
 cujus dies venerat ab eo, cujus dies nondum venerat.
 Apparet formulam « ea res agatur, cujus rei dies
 fuit », non fuisse solam in præscriptionibus usur-
 patam; nam sermo est in Gajo et de alia verborum
 adjectione, cujus vera sententia propter textum cor-

ruptum vix deprehenditur, sed unde fluit, sicuti in exceptionibus, diversas fuisse verborum præscriptiones, quibus, pro diversis causis ad quas accommodabantur, restringebatur formula. Juvabit explicare illam : « *Item si verbi gratia..... ut*
 « *nobis fundus mancipio detur, debemus ita præs-*
 « *cribere : EA RES AGATUR DE FUNDO MANCIPANDO :*
 « *ut postea, si velimus vacuum possessionem nobis*
 « *tradi, de tradenda... possimus totius illius juris*
 « *..... actione : QUIDQUID OB EAM REM NU-*
 « *MERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO DARE FACERE OPOR-*
 « *TET, res intentione consumitur : ut postea nobis*
 « *agere volentibus de vacua possessione tradenda*
 « *nulla..... »* (1) Hujus præscriptionis argumen-
 tum, ni fallor, sequens est : aliquis ex emptionis
 et venditionis contractu fortasse sese obligaverat ad
 fundi sui proprietatem mancipandam, usumfructum
 autem et possessionem sibi per certum temporis
 spatium reservaverat, ita ut, si emptor ex hac causa
 agere vellet, debuerit per præscriptionem, *ea res*
agatur de fundo mancipando formulam restrin-
 gere (2). Huic conjecturæ omnino sese accommodat
 præscriptionis natura, nam ex una et eadem obli-
 gatione jam aliquid præstari oportebat, (fundi
 mancipatio); aliquid vero in futura præstatione erat,
 (vacuæ possessionis traditio) : inde, si actor reum
 cogere vellet ad emptionis venditionis contractum

(1) Gaj. IV. 131.

(2) Gaj. II. §. 33. « *Ususfructus... in mancipanda pro-*
prietate detrahi potest »

observandum , non ausus fuisset concipere intentionem generalem : *quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet* ; per hanc formulam incertam , visus fuisset non tantummodo exigere mancipationem fundi , sed et vacuæ ejus possessionis traditionem comprehendere : quo factum fuisset , ut objecta plus petitionis et rei in judicium deductæ peremptoria exceptione , res consumpta fuisset , nec de novo ei licuisset circa vacuæ possessionis traditionem agere (1).

Sub præscriptionum nomine veniebant quoque antiquitus , teste Gajo (2) , exceptiones , quæ reo competebant : inde fit ut , quandoque exceptiones etiam in jure Justiniano præscriptiones vocatæ sint (3). Gajus nobis affert exemplum talis præscriptionis non actori , sed reo competentis : *EA RES AGATUR SI MODO PRÆJUDICIUM HEREDITATI NON FIAT* : *quæ nunc in speciem exceptionis deducta est et locum habet , cum petitor hereditatis alio genere judicii , quod præjudicium hereditati faciat*. Hæc exceptio reo competebat , ad repellendum actorem , quoties hic , omissa vel nondum dijudicata petitione hereditatis , de qua prius decernendum erat , intempestive instituebat alterum judicii genus , cujus eventus ab illa pendebat , quodque , si acceptum fuisset , priori præjudicium facere visum esset. Hoc accidebat , v. , g. , quando quis ,

(1) Gaj. IV. §. 121.

(2) Gaj. IV. §. 133.

(3) L. 47 fin. D. de excep. rei jud. et l. 95. D. de sol. et lib.

ante litem contestatam de hereditate, a possessore res singulas petebat : cum, ut ei jus esset res singulas petendi, prius probandum esset juste petitam esse aut peti posse hereditatem. Hæc exceptio dabatur etiam contra agentem iudicio familiæ heriscundæ; cum incertum adhuc esset, eum coherentem esse (1).

Comparatio ipsa, quam Gajus in §. 136 et 134 lib. IV instituit inter demonstrationem et præscriptionem, probat non immerito, similitudinis causa, præscriptiones post alias formulæ partes expositas fuisse : etenim ex §. 136 sequitur præscriptionem demonstrationis loco quandoque insertam fuisse, quod fiebat, si præstatio adeo erat incerta, ut sine præscriptione hæc vix determinari potuisset, uti in formula, quam pro exemplo ipse Gajus affert :
„ Iudex esto. Quod Aulus Agerius de Numerio Negidio incertum stipulatus est; CUIUS REI DIES FUIT, quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet. „ Hanc formulam definiendo secundum Gajum, qui quidquid vel ad demonstrationem vel ad præscriptionem pertinet, accurate separat §. 134, IV *„ DEMONSTRATIONE
 „ FORMULÆ DETERMINATUR IS, CUI DARE OPORTET :
 „ et sane domino dare oportet, quod servus stipulatur. AT IN PRÆSCRIPTIONE DE PACTO QUÆRITUR,
 „ quod secundum naturalem significationem verum*

(1) L. 13. D. 44. 1. Gajus L. 1. D. X. 2. — L. 16. et 18. D. de except. — L. 25 §. 17 D. de hered. pet.

« esse debet » patet per præscriptionem *cujus rei dies fuit* revera determinari naturam obligationis et quantitatem præstationis, de qua lis movetur; præscriptio enim accurate definit rationem, secundum quam *de pacti veritate quærendum sit*, ita ut, demonstrationi solummodo propria sit determinatio personæ illius, quam dare oportet. Atqui, cum finis proprius demonstrationis maxime consistat in assignatione accurata rei, de qua agitur; fuit Gajum non immerito dixisse in §. 136, IV præscriptionem demonstrationis vicem obtinere, quoties incerta fuit promissio ejus, cum quo agimus: vera enim rei demonstratio, magis ad præscriptionem, quam ad demonstrationem proprie dictam in casu proposito pertinebat.

§. IV.

DE CONDEMNATIONE CERTÆ VEL INCERTÆ PECUNIÆ.

Inter formulæ partes usitatas, ad judicii formam rite concipiendam, maximi effectus erat condemnatio, quæ pro diversa actionum natura diverse exprimenda, et ad pecuniariam æstimationem a iudice componenda erat; quoniam incerta condemnatio, nedum controversiæ finem imponeret (1), alteri controversiæ litique causam dabat. Si actio erat stricti juris, condemnatio erat certæ pecuniæ; si bonæ fidei, incertæ pecuniæ cum taxatione; si vero arbitraria, incertæ pecuniæ quidem, sed sine taxatione. Inde totus Gaji titulus a §. 48. ad §^{um}. 53. IV.

(1) Gaj. IV. §. 48. et Theop. IV. tit. 6. §. 32.

omnino respondet divisioni actionum, in actiones stricti juris, bonæ fidei et arbitrarias, a Justiniano conditæ in §. 28. ad §. 33. lib. IV; quod facile probatur, si comparemus argumentum, de quo ibi apud utrumque agitur et si attenderimus, hæc ita inter cæteras operis partes poni, ut eundem locum in utroque commentario occupent; cum doctrina, quæ hunc excipit titulum, tum apud Gajum, tum apud Justinianum, pertineat ad periculum actoris; si plus intentione sua complexus fuerit: idem dici potest de iis, quæ præcedunt hunc titulum; sublatis enim iis, quæ legis actionum et formularum rationi omnino propria, in Institutionibus omissa sunt, in Gajo sicuti in Justiniano, non jam supererant nisi ea, quæ ad diversas actionum divisiones pertinent (1).

Cum formulæ in usu essent, diversum judicis officium, in actionibus stricti juris, bonæ fidei, et arbitrariis præscribatur ex diversa condemnationis conceptione. In strictis judiciis certæ pecuniæ erat condemnatio, quia nulla a iudice ratio habebatur nisi eorum, de quibus inter contrahentes actum fuerat. Inde *vallatam* hanc esse actionem dicit Justinianus (2); etenim in iis quæritur, quid et quantum datum sit, quid scriptum, quid lingua nuncupatum: et his veluti finibus condemnatio circumscribitur. Quando condemnatio certæ pecuniæ erat, iudex neque in majoris, neque in minoris pecuniæ summam condemnare potuit, quam quæ in formula ex-

(1) Gaj. IV. §. 9. et 53. — §. 26. et 33. Inst. de act.

(2) L. unica §. 2. p. C. V. 13.

pressa fuerat, alioquin litem suam faciebat (1). Ita condemnatio dicta fuisse videtur certæ pecuniæ non tam ab eo, quod res, de qua agebatur, erat pecunia certa; sed quod summa pecuniæ, determinata quidem in condemnatione, ita erat certa, ut iudex neque eam augere, neque eam minuere potuerit: etenim in bonæ fidei judiciis, quamvis intentio esset quandoque certæ, attamen condemnatio semper erat incertæ pecuniæ, quod probat Gaj. IV §. 68. « *Deductio vero ad condemnationem ponitur quo loco plus petenti periculum non inter-* »
« *venit, utique bonorum emptore agente, qui,* »
« *licet de CERTA PECUNIA agat, INCERTI tamen* »
« *CONDEMNATIONEM CONCIPIT.* »

In actione bonæ fidei condemnatio est incertæ pecuniæ cum taxatione: omnia enim utrinque cum facile definiri non possent, magis de nuda contrahentium voluntate, quam de eo, quod actum esset, quærebatur; unde fiebat, ut multa inesse crederentur, quamvis expressa non fuissent, quod non sine summa ratione receptum fuerat; quoniam illis contractibus, ex quibus hæ actiones oriuntur, vita societatis communicatione utilitatum inter homines maxime continetur; et quia hi ejus sunt naturæ, ut varias præstationes hinc inde admittant, de quibus, cum non sit facile contrahentes diligenter cavere, necessarium erat, ut Prætor per condemnationis conceptionem arbitrio judicis aliquatenus supplenda relinqueret ea, quæ a contrahentibus

(1) Gaj. IV. §. 52.

minus cauta fuissent. Ut autem judex facilius judicaret, quanti momenti essent præstationes a reo faciendæ, actor ipse, qui ex commodis obligationis solutione percipiendis, eorum pretium rite definire potuit, per taxationem adjectam condemnationi incertæ pecuniæ præscribebat regulam, quam judex in judicando sequeretur. Taxatio igitur est certa pecuniæ æstimatio ab actore facta, ex qua in bonæ fidei judiciis judici ex condemnationis conceptione præscribitur, quoad ei jus sit statuendi (1). Condemnatio per taxationem circumscripta incertæ pecuniæ dicebatur, quia judex eam minuere poterat, quin eam augere posset : quod sequentibus exprimit Gajus : « Item si *incertæ pecuniæ est* » *condemnatio* ne pluris *condemnet judex* quam » *taxat ipse actor, alioquin litem suam facit,* » *minoris autem damnare potest.* » IV §. 52, quem textum ita restituendum putavi. Hoc etiam probat §. 224. III Gaji sic conceptus : « *Sed nunc alio jure* » *utimur. Permittitur enim* NOBIS..... INJU- » *RIAM* ÆSTIMARE, *et judex* VEL TANTI CONDEMNAT, » *quanti nos æstimaverimus,* VEL MINORIS prout » *illi visum fuerit. Sed cum atrocem injuriam* » *Prætor æstimare soleat, si simul constituerit,* » *quantæ pecuniæ nomine fieri debeat vadimo-* » *nium, hac ipsa quantitate* TAXAMUS FORMULAM, » *et judex quamvis possit vel minoris damnare,* » *plerumque tamen propter ipsius Prætoris auc-* » *toritatem non audet minuere condemnationem*

(1) FESTUS, voce TAXAT.

(1) : ita omnino conjectura confirmatur circa naturam taxationis, cum ex hoc §^o sequatur formulæ taxationem, non a Præatore, non a iudice, sed ab actore ipso factam fuisse, et ultra taxationem condemnare non potuisse iudicem; quod rationi omnino consentaneum est; cum par sit neminem minoris æstimare sibi ab altero præstanda. Ex hisce conjicio condemnationem in bonæ fidei judiciis sic conceptam fuisse; *judex eum condemna, quantum actor in litem cum taxatione juraverit* (2).

Cicero sequentibus indicat veram discriminis rationem, inter condemnationem certæ pecuniæ et incertæ, revera descendere ex diverso actionum genere : « JUDICIUM est PECUNIÆ CERTÆ, ARBITRIUM
 « INCERTÆ : *ad judicium hoc modo venimus, ut*
 « *totam litem obtineamus aut amittamus : ad*
 « *arbitrium hoc animo adimus, ut neque nihil,*
 « *neque tantum quantum postulavimus, conse-*
 « *quamur* : EJUS REI IPSA VERBA FORMULÆ TESTI-
 « MONIO SUNT etc. » Orat. Cic. pro Rosc. Comædo
 c. 4. Patet sub judicii nomine, huc venire actiones stricti juris; sub arbitrio autem, et arbitrarias et bonæ fidei, quarum vera differentia quoad iudicis potestatem, hactenus desiderata consistit in eo, quod actionis arbitrariæ condemnatio sine taxatione

(1) An ex taxatione bonæ fidei contractibus propria et ad actionem injuriarum hic composita, conjicere fortasse non liceret, divisionem judiciorum in stricti juris, bonæ fidei et arbitraria, trahendam esse etiam ad delicta?

(2) L. 68. D. VI. 1.

fiat : « *Incertæ vero vel certæ pecuniæ esse po-*
 « *test condemnatio. §. 51. Incertæ pecuniæ vero*
 « *condemnatio duplicem significationem habet.*
 « *Est enim una cum aliqua præfinitione , quæ*
 « *vulgo dicitur cum taxatione..... infinita est*
 « *velut si rem aliquam a possidente nostram*
 « *esse petamus , id est ; si in rem agamus , vel*
 « *ad exhibendum. Nam illic ita est : quanti ea*
 « *res erit , tantam pecuniam Numerium Negidium*
 « *Aulo Agerio condemna..... »* Defendimus ,
 condemnationem incertæ pecuniæ cum taxatione ad
 bonæ fidei judicia pertinere , quia demonstravimus ,
 eam nullo modo stricti juris actionum naturæ ac-
 commodatam esse. Dubium fortasse oriri posset ,
 an condemnatio incertæ pecuniæ cum taxatione
 non esset propria actionibus arbitrariis : hoc vero
 dubium statim evanescit , quando perpendimus
 exempla condemnationis incertæ pecuniæ sine taxa-
 tione a Gajo citata , esse exempla actionum arbitra-
 riarum. Inde necessario fluit , cum non nisi tria sint
 actionum genera , si condemnatio incertæ pecuniæ
 cum taxatione , neque strictis judiciis , neque arbi-
 trariis conveniat , eam ad bonæ fidei judicia neces-
 sario conceptam fuisse ; quod præterea confirmat
 diversa horum judiciorum natura (1).

Superest ideo , ut dicamus de arbitrariis actioni-
 bus , quæ exprimebantur condemnatione infinita ,
 et in quibus Judex pro suo arbitrio , quin ejus po-
 testas taxatione restringeretur , plus vel minus in

(1) §. 30 et 31 p. Inst. de act.

condemnatione pronuntiabat : hæc respicit Seneca Lib. I. c. 7. de Benef. : « *quæcumque in cognitionem cadunt, comprehendi possunt et non dare INFINITAM licentiam judici : ideo melior videtur conditio causæ, si ad judicem, quam ad arbitrum mittatur : quia illum formula includit, et certos, quos non excedat, terminos ponit ; hunc libera et nullis adstricta vinculis religio : et DETRAHERE aliquid potest et ADJICERE, et sententiam suam, non prout lex et justitia suadet, sed prout humanitas et misericordia impulit, regere.* » Secundum hanc rationem, quamvis obscurius, Justinianus arbitraria aliquatenus bonæ fidei judiciis opponit in §. 30 I. : « *in bonæ fidei judiciis libera potestas* » PERMITTI VIDETUR *judici, ex bono et æquo æstimationi quantum actori restitui oporteat* ». Non dicit *permittitur*, sed *permitti videtur*, sic opponens bonæ fidei actiones arbitrariis, de quibus ita loquitur : « *in actionibus arbitrariis PERMITTITUR* » JUDICI *ex bono et æquo, secundum cujusque rei naturam æstimare, quemadmodum actori* » satisfieri oporteat ». §. 31 I. de act ; hic, non dicit, *permitti videtur*, sed *permittitur*, inde significans, in bonæ fidei judiciis, propter taxationem, restringi judicis potestatem, cum in iis minoris quidem, sed non pluris, quam actor æstimaverit, condemnare liceat ; in actionibus arbitrariis vero, liberam facultatem judici permitti, pluris vel minoris condemnationem æstimandi. Hæc differentia, ex taxatione proveniens, hactenus ignota erat : nam

interpretes nullam discriminis rationem animadverterant, nisi eam in §. 31 de act. a Theophilo sic expositam. « *In actionibus arbitrariis nisi inter-*
« *cessione, arbitrio et jussu judicis, reus rem*
« *vel servum actori restituat, vel exhibeat vel*
« *solvat vel noxæ dedat, omnino condemnari*
« *debet. Quod si id egerit, et restituerit aut eo-*
« *rum, quæ jure dicta sunt, quid fecerit: con-*
« *demnationem effugit, propterea quod speciali-*
« *ter ea his actionibus inesse credantur* » (1).

Inquirendo de judiciis strictis et bonæ fidei, exposuimus causas, unde factum sit, ut harum condemnatio esset certæ pecuniæ vel incertæ cum taxatione; nunc, si comparamus bonæ fidei et arbitrariarum actionum naturam, differentiæ, quæ inter eas versantur, fortasse explicabuntur. Omnes actiones arbitrariæ sunt actiones in rem: quæ enim vi aut metus causa aut dolo malo in personam competunt, similem finem habent, ut res nostra, quæ a domino, per vim, metum vel dolum malum discessit, ei restituatur. Quibus casibus, cum maxime quæreretur quemadmodum restituenda esset res, quam et restituendam potius esse, quam id quod interest præstandum, rei natura et æquitas suadebat; antequam arbiter statueret condemnationem, prius jubebat rem restitui cum omni sua causa: si reus obediret, locus erat poenitentiae, neque condemnabatur; cum omnia judicia absolutoria essent: contra, si res restituta non esset, pronuntia

(1) §. 163 Gaji. IV.

batur condemnatio, quæ diversa erat pro bona vel mala fide rei, quod sic explicat Ulpianus : « qui
 « rem restituere jussus, judici non paret, con-
 « tendens non posse restituere, siquidem habeat
 « rem, manu militari officio judicis ab eo pos-
 « sessio transfertur : siquidem dolo fecit, quo-
 « minus possit, is QUANTUM ADVERSARIUS IN LITEM
 « SINE ULLA TAXATIONE IN INFINITUM JURAVERIT,
 « CONDEMNANDUS EST : si vero non potest resti-
 « tuere, nec dolo fecit quominus possit, non
 « pluris quam QUANTI EA RES EST, ID EST, QUANTI
 « ADVERSARIJ INTERFUIT, condemnandus est. Hæc
 « sententia generalis est et ad omnia, sive inter-
 « dicta, sive actiones in rem, sive in personam
 « sunt, ex quibus ARBITRATU judicis quid resti-
 « tuitur, locum habet. » L. 68. D. rei vind.
 Ita arbitrio, quod condemnationem præcedebat, assignatur utilitas, quæ neque strictis judiciis, neque bonæ fidei judiciis conveniebat. Si quæramus, unde taxatio condemnationi bonæ fidei judiciorum inserta, in arbitrariis judiciis omissa sit, haud difficilis est responsio; in iis enim ex pretio rerum corporalium, quas restitui oportebat, et quarum æstimatio ex usu et consuetudine omnibus cognita erat, potuit judex ipse definire condemnationis summam, quin ei opus esset taxatione ab actore facta. In bonæ fidei judiciis ab ipso litigante æstimatio quærebat, quia in negotiis ultro citroque gestis præstationes faciendæ adeo sunt incertæ, ut judex non possit sine taxationis relatione æstimare res, quæ corporaliter non

existunt : et hæc taxatio , inanis quidem æstimatio non erat , cum jurejurando pro Romanorum consuetudine confirmata , fidem præstaret.

Nunc operæ pretium est exponere , quomodo fieri potuerit , ut divisio per condemnationis conceptionem apud Gajum expressa , alio modo in Institutionibus suis a Justiniano composita sit. Uterque sibi eundem finem proposuit ; scilicet , ut pro diversa actionum natura diversum præscriberet judicis officium : cum vero Gajus de actionibus tractans totus in eo esset , ut formularum conceptionem secundum eam , quæ suo tempore obtinebat , procedendi rationem exponeret , explicuit , quomodo diversa potestas judici permissa fuerit , prouti a Prætore acceperit formulam condemnatione certæ pecuniæ aut incertæ cum taxatione vel sine taxatione expressam : inde fit , ut Gajus , per ipsam divisionis formam , demonstraret ipsius effectum et utilitatem. Justiniani vero tempore , perversa omnino procedendi ratione , Prætoris et judicis officium jam amplius distinctum non erat : ipse judex actionem instituendam cognoscebat eamque simul dijudicabat : itaque formulæ inventæ , ut Prætor judicem de re dijudicanda informaret , jam nullius erant utilitatis et abrogatæ fuerant. Sublatis formulis , ex diversa formularum condemnatione , suæ potestatis fines judex non amplius intelligebat : cum vero ratio , secundum quam Prætor condemnationem certæ pecuniæ vel incertæ concipiebat , ut judicis officium præscriberet , maxime desumeretur ex diversa actionum natura , judex ,

extincto Prætorio magistratu, secundum eamdem normam, qua Prætor utebatur ad iudicis potestatem definiendam, suam ipse circumscribebat iudicandi facultatem. Quapropter Justinianus, explosa antiqua Gaji divisione, omnino inhærente rationi agendi per formulas, eamdem secundum suam originem, in actiones stricti juris, bonæ fidei et arbitrarias transposuit, pro operis sui ratione, ex qua assidue inquit in ipsam actionum naturam, negligendo ea, quæ ad iudiciorum ordinem pertinent. Hanc ultimam actionum divisionem conceptam fuisse ad similitudinem diversæ formularum condemnationis, probat quoque §. 32 Inst. apud Justinianum finem faciens huic doctrinæ, et excerptus e §º 52. Gaji IV.

§. V.

DE PERICULO ACTORIS, SI PLUS IN FORMULA
COMPLEXUS SIT.

Gajus supra admonens, qualis fuerit iudicis potestas, pro diversa condemnationis conceptione, nunc instruit actorem, quomodo cæteræ cujusque formulæ partes ab eo exprimendæ sint, ut rite actionem instituat. Ante omnia generaliter exponit periculum actori imminens, si plus in intentione sua complexus fuerit, quod fiebat quatuor modis: re, tempore, loco et causa. Quamvis codicis textus omnino corruptus sit, attamen facile videre est ex eo, ad verbum depromptas fuisse hac de re Institutiones, in quibus contra omissa sunt ea, quæ a §º. 54 ad §. 61. IV singulari industria a Gajo descripta sunt

circa damnum actoris, si plus in intentione, vel minus in condemnatione comprehensum erat. Secundum ipsum ordinem paragraphorum codicis, inquirentes in jus vetus, simul exponemus, quantum in hac juris parte Justinianus a Gajo recesserit. Primum si in intentione, circa causam actionis vel circa personam agentis erraverat actor, in integrum restitutio a Præatore impetranda erat; quum secundum jus novum in eodem judicio, cognita veritate, actori permittitur errorem suum corrigere (1). Duplex etiam derogatio facta est §º. 56: « *Sed plus quidem intendere, sicut supra diximus, periculosum est: minus autem intendere licet; sed de reliquo intra ejusdem Præaturam agere non permittitur. Nam qui ita agit, per exceptionem excluditur: quæ exceptio appellatur litis dividuæ.* » Justinianus secundum constitutionem Zenonis in l. 1. Cod. de plus petit: non amplius voluit ut, qui plus in intentione sua complexus fuerat, causa caderet; sed sublata pœna, si quidem tempore plus petatum fuerat, tempus duplicavit: sin autem quantitate, vel alio modo, in omne damnum, quod ex hac causa acciderat ei, contra quem plus exactum fuerat, puniebatur actoris nequitia, commissa tripli condemnatione. Per Zenonis constitutionem, præter exceptionem rei in judicium deductæ peremptoriam, abrogata est exceptio litis dividuæ, quæ dilatoria erat; nam si quis minus intendebat, judex in eodem

(1) Gaji IV §. 55 — Inst. IV §. 35.

judicio adversarium actori in reliquum condemnabat (1). Inde apud Justinianum non est sermo de exceptionibus rei in judicium deductæ, vel litis dividuæ; nam cum ipsis formulis evanuerat stricta agendi ratio, quæ necessario observanda erat tempore quo, officio Prætoris et judicis separato, hunc verborum conceptio præscripta alligari debuit, ut inde facilius et promptius lites dijudicaret. Gajus dein inquiri in §. 57, utrum actoris periculum sit, si plus vel minus in condemnatione posuerit : «
 « *at si in condemnatione plus positum sit quam*
 « *oportet, actoris quidem periculum nullum est,*
 « *sed si iniquam formulam acceperit, in integrum*
 « *restituitur, ut minuatur condemnatio. Si vero*
 « *minus positum fuerit, quam oportet, hoc solum*
 « *consequitur, quod posuit : nam tota quidem*
 « *res in judicium deducitur, contringitur autem*
 « *condemnationis fine, quam judex egredi non*
 « *potest : nec ex ea parte Prætor in integrum*
 « *restituit : facilius enim reis Prætor succurrit,*
 « *quam actoribus : loquimur autem exceptis mi-*
 « *noribus XXV annorum ; nam hujus ætatis ho-*
 « *minibus in omnibus rebus lapsis Prætor suc-*
 « *currit.* » Propter plus petitionem in condemna-
 tione, in integrum restitutio non erat necessaria in bonæ fidei judiciis et arbitrariis; nam in iis, judex ex officio suo potest minuere condemnationem; vix etiam in strictis judiciis utilis erat; cum in iis condemnatio conciperetur in summam pecuniæ, quam

(1) Inst. de act. §. 33. 34.

actor complexus fuerat intentione. In integrum restitutio fortasse non nisi necessaria fuit in iis causis, in quibus per Prætoris ipsius errorem, formula iniqua composita fuerat, quod, ni fallor, accidebat in formulis in factum, ubi condemnatio per ipsum definita erat: si enim, ratione facti cujusdam Prætor errore inductus, pœnam graviolem in condemnatione posuerat, tunc, cum formula iniqua esset, in integrum restitutio petebatur. Hanc interpretationem adjuvant ipsius Gaji verba, *si iniquam formulam acceperit*, ex quibus sequitur causam plus petitionis, non in calumnia actoris, sed in formula iniqua, quam quidem non proposuerat actor, sed quam ipse *a Prætoris acceperat*, unde actori omnino alienum erat vitium, quo peccabat condemnatio, si plus in ea positum fuerat. Ex eo, quod minus in condemnatione positum fuerat, actor damnum pati potuit nonnisi in actionibus stricti juris et bonæ fidei, in quibus iudici non mittebatur formulæ fines excedere: in actionibus arbitrariis autem cum iudex pro arbitrio condemnationi aliquid, et detrachere et adicere posset; patet, si minus petitum fuerat ab actore, iudicem in reliquum reum condemnasse (1). Quando in demonstratione plus vel minus positum fuerat, nullum plerumque actoris periculum erat; dico, plerumque, quia, quamvis sæpius res in integro maneret, et hoc esset, quod dicebatur falsa demonstratione rem non perimi (2); tamen qui in formulis in factum plus designabat, litem

(1) Gaj. IV. §. 57. et 68.

(2) Gaj. IV. §. 58.

perdebat, quia in hisce formulis demonstratio erat intentionis loco, qua, qui plus intendebat, causa cadebat: sed jam de hisce plura supra dicta sunt ad. §. 60 et 61. Gaj. IV.

§. VI.

DE COMPENSATIONE ET DEDUCTIONE IN JUDICIIS

STRICTIS ET BONÆ FIDEI.

Compensatio et deductio pertinent ad actiones, ex quibus non semper solidum, quod nobis debetur obtinemus, de quibus fortasse tractabatur in duobus foliis, quæ præcedunt et quæ infelicitèr perierunt. Maximi quidem ponderis est in jure veteri hoc argumentum, quod in Institutionibus suis Justinianus multum mutavit. Primum apud Gajum sermo est de duplici ratione invicem imputandi ea, quæ ab adversario debentur, scilicet: de compensatione et de deductione, cujus vera a compensationis distincta significatio non erat cognita: fuit modus compensandi favorabilior compensatione, et ex eo non idem actoris periculum erat, quod in hac: utriusque diversam indolem optime explicat Gajus per comparisonem, quam inter eas instituit: *Inter compensationem autem, quæ ARGENTARIO interponitur, et deductionem, quæ obicitur BONORUM EMPTORI, illa differentia est, quod in compensationem hoc solum vocatur, quod ejusdem generis et naturæ est. Veluti pecunia cum pecunia compensatur, triticum cum tritico, vinum cum vino..... ut quibusdam placet, non*

« omnimodo vinum cum vino, aut triticum cum
 « tritico compensandum, sed ita si ejusdem naturæ
 « qualitatisque sit. In deductionem autem voca-
 « tur et quod non est ejusdem generis. Itaque
 « si pecuniam petat bonorum emptor, et invicem
 « frumentum, aut vinum tibi debeat, deducto
 « eo, quanti id erit, in reliquum experitur. Item
 « vocatur in deductionem et id, quod in diem
 « debetur: compensatur autem hoc solum, quod
 « præsentī die debetur. Præterea compensationis
 « quidem ratio in intentione ponitur: quo fit,
 « ut si facta compensatione plus nummo uno
 « intendat argentarius, causa cadat et ob id rem
 « perdat. Deductio vero ad condemnationem poni-
 « tur, quo loco plus petenti periculum non inter-
 « venit; utique bonorum emptore agente, qui, licet
 « de CERTA PECUNIA AGAT, INCERTI TAMEN CONDEMNA-
 « TIONEM concipit. » §. 66, 67 et 68. Gaj. IV. Dif-
 ferentia compensationis et deductionis sic proposita,
 videamus necesse est, quibus modis et quibus in
 judiciis hæc vel illa obtinuerit. Compensatio in
 strictis juris et bonæ fidei judiciis admittebatur,
 sed diverso modo; deductio non nisi in bonæ fidei
 judiciis admissa fuisse videtur, et postquam coram
 Præatore objecta, in formula ejus mentio facta fuerat.
 In bonæ fidei judiciis necessarium non erat, ut de-
 bitor coram Præatore exceptionem compensationis
 opponeret: talis enim erat judicis potestas in iis,
 ut compensandi facultas ejus officio inesse credere-
 tur: in strictis autem judiciis, compensatione a

debitore actori coram Præatore non objecta, propter strictam stricti iudicii rationem reus in solidam condemnabatur a iudice, qui propter formulam nec minoris nec majoris condemnare potuit. Hanc diversam stricti et bonæ fidei iudicii causam observat Gajus in §. 63 et 64. «..... *Rationem habere..... formulæ verbis præcipitur; sed quia id bonæ fidei iudicio conveniens videtur, id officio ejus contineri creditur.* §. 64. *Alia causa est illius actionis, qua argentarius ex-* peritur. *Nam is cogitur cum compensatione agere..... compensatio..... compensatione facta, minus intendit sibi dare oportere.* » Ex hac manifesta oppositione iudicii bonæ fidei et argentarii actionis patet, iudicem non admisisse compensationem in argentarii causa, nisi quando hoc ei per formulæ conceptionem præscriptum fuerat: patet quoque ex verborum conceptione et rerum natura, bonæ fidei iudicia non opponi ad solam argentarii causam; cum maxime apud veteres Jurisconsultos non deficient, ut nemo ignorat, exempla, ex quibus discimus, eos sæpissime per unius tantum speciem exposuisse ea, quæ ad totum genus spectabant. Præterea Justinianus in §. 30. IV memorans Divi Marci rescriptum, ex quo factum est, ut in strictis iudiciis compensatio antea non admissa doli mali exceptione induceretur, nostram opinionem omnino confirmat; cum hæc Constitutio, quamvis vivente forte Gajo, post tempus tamen, quo scripsit

hos commentarios, lata fuerit (1). His de compensatione dictis, secundum eandem rationem, inquiramus in deductionem : deductio, non nisi in bonæ fidei judiciis opposita, a compensatione differabat eo, quod in hisce compensatio judicis officio continebatur; deductio vero prius objicienda erat coram Præatore, ut hic deducendi potestatem formulæ verbis judici præciperet. Quod discrimen, naturali ratione oritur ex diversa utriusque indole : compensatio enim etiam in bonæ fidei judiciis non competebat, nisi ex eadem causa, ex pari specie, ex debitis liquidis; itaque, quin moneretur iudex, ratio ejus facile habebatur : cum vero, omnino diversa esset, ut vidimus, deductionis causa propter difficultates computandi inter se res omnino diversas, necessario etiam in bonæ fidei judiciis deductionis exceptio proponenda erat coram Præatore, ut hic videret, utrum admittenda esset, et si admitteret, ut saltem aptam judicii formam constitueret; nam ipse potuit circa deductionem multas levare ambages, et exinde judicii exitum faciliorem reddere. Deductionem non nisi per exceptionem admissam non solum declarare videtur Gaj. IV. §. 66, ubi dicitur *eam objectam esse* : sed et, si ante judicium objici non debuisset, superfluum erat monere deductionem ad formulæ conceptionem ponendam esse; dein maxime hanc ob causam, compensationi et deductioni communem, utriusque comparisonem Gajus instituit. Nec dubium quidem oriri potest

(1) Gaj. II §. 195.

ex eo, quod oratio ad exemplum solius bonorum emptoris expressa est; nam simulatque perpenderimus strictorum judiciorum formam, ex qua res, de qua agebatur, semper certa esse debebat, mox persuasum habebimus, tam difficilis exitus deducendi rationem in iis admissam non fuisse. Præterea, si deductio, ex qua res diversi generis et in diem debitæ compensabantur, in iis recepta fuisset, inutile erat in judiciis strictis a compensationis deductionis causam separare; cum compensatio inde fere nullo modo dissimilis fuisset deductioni, et hac adeo contenta fuisset; compensabatur enim, nisi ex eadem causa et ex eadem specie, quum deductio ex diversa causa et ex diversa specie admittebatur. Cur autem hæc? Nonne jam declarat, ad bonæ fidei judicia pertinere deductionem, exemplum emptoris bonorum, ad quem deductionem applicat Gajus? Nonne in bonorum emptore proponere voluit exemplum bonæ fidei iudicii, sicuti per argentarium strictorum judiciorum causam significaverat? Imo in strictis judiciis, compensatione facta, condemnatio certæ pecuniæ erat, cum, deductione facta, condemnatio esset incertæ pecuniæ, quod proprium est bonæ fidei judiciis: fortasse iudex detrahebat aliquid condemnationi, si rerum, in deductionem vocatarum, æqua æstimatio in intentione facta non fuerat. Denique maxime in his naturale erat, ut ea, quæ nobis debebantur, quamvis diversissimi generis, compensarentur cum rebus a nobis adversario debitis.

Nunc inquiramus, quantum Justinianus in Ins-

titutionibus suis a Gajo recesserit. Non inutile est transeundo observare, enumerationem bonæ fidei judiciorum, a Gajo hoc loco factam, omissam esse in §. 39 Institutionum, respondente §. 61 et seq. Gaji IV. Hæc omissio oritur ex eo, quod, ut suppleret condemnationis certæ vel incertæ pecuniæ argumentum, bonæ fidei et strictorum judiciorum divisionem inde deprompterat Tribonianus, ut eam in §. 28 Inst. transferret. Justinianus, quod ad bonæ fidei actiones pertinet, tam sedulo excerpsit, ut juris novi immemor receperit, quod non nisi jure veteri obtinebat, et jam fuerat abrogatum. « *In bonæ fidei judiciis ex bono et æquo habita ratione ejus, quod invicem actorem EX EADEM CAUSA præstare oportet in reliquum eum, cum quo actum est, judex condemnat.* » §. 39. I. de act. Ex jure novo enim sive *ex eadem causa*, sive *ex diversa causa* debitum sit, compensatio permittitur; inde Theophilus magis attentus ad ea, quæ suo tempore obtinebant, verba ex eadem causa in paraphrasi sua omisit. (1) Cum postquam in judiciis strictis ipso jure competebat compensatio, nulla amplius differentia inter actiones bonæ fidei et stricti juris deprehenderetur, Justinianus, quæ hanc spectabant, leviter attigit. Imo ejus tempore, ut actiones, sic nec exceptiones proponebantur per formulas; cum hæc in desuetudinem abiissent. Denique ab eo deductio sublata est, fortasse propter nimia incommoda, quæ ex ea oriebantur; cum hæc, formulis

(1) Paul. recep. sent. II. 5. §. 30 — Otto. ad Inst. h. t. h.

abrogatis, sicuti olim, a Præatore non amplius cognosceretur ante judicium, nec ejus talis esset natura ut, ipso jure in judiciis admitteretur. Inde quæ de deductione a Jurisconsultis scripta sunt, adeo subtiliter expunxit Tribonianus, ut vix de ea vestigium in libris juris Justinianeï supersit.

§. VII.

DE ACTIONE CONTRA PERSONAS, QUÆ IN MANU
MANCIPIOVE SUNT.

Titulus de actionibus noxalibus et adjectitiæ qualitatis, ut dicuntur, tanta fide depromptus est a Justiniano, ut oleum et operam perderem, si denuo explicare tentarem ea, quæ de hisce ad Institutiones ab interpretibus abunde exposita sunt. Nihil fere animadvertendum est, nisi Gajum in §. 79. a contentiosa voluntariam separare jurisdictionem, quum proponit Jurisconsultorum controversiam circa numerum mancipationum requisitum, si filiusfamilias ex noxali causa mancipio detur. Notandum etiam circa quæstionem, utrum, alieno servo noxam committente, et postea in hujus potestate esse incipiente, actio noxalis intercidat, an quiescat, Justinianum amplexum esse opinionem Gaji, eam intercidere dicentis, quia in eum casum deducta erat, in quo consistere non poterat. Præter hanc controversiam, quam Imperator adeo tacite resolvit, ut ignota esset, ipse notavit ea, ex quibus juri veteri in Institutionibus suis derogatum erat.

Omissis itaque hisce actionibus, transeamus ad

§. 80 Gaj. IV corruptissimum, quem ad orationem §. 84 III. Gaji, adjuvante etiam §. 38. IV, restituendum esse cum amicis communicaveram, quando ex addendis præfationi Gaji nuper editæ, opinioni meæ elegantissima confirmatio accessit, auctore viro celeberrimo Unterholznero sic legente. "*Hæc ita de his personis, quæ in potestate sunt, sive ex contractu, sive ex maleficio earum agatur. Jam ad eas personas, quæ in manu mancipiove sunt transeamus, cum quibus, si ex earum contractu agatur, nisi ab eo, cujus juri subjectæ sint, in solidum defendantur, bona, quæ earum futura fuissent, si ejus juri subjectæ non essent, veneant; (nonne sequentes ductus concipiantur ad hæc verba ?) Sed cum rescissa est capitis diminutio, ex imperio continenti judicio...* — Ut sententia hujus §i. intellectu difficillimi exponatur, pauca præmittenda sunt de manu et mancipio; quæ eo magis definienda sunt, quod, Gaji codice nondum reperto, hæc obscuriora ignotave erant.

Manus est viri in uxorem potestas, in quam mulieres veniebant triplici modo: usu, confarreatione et coemptione. Coemptio huc maxime pertinens, uti probat §. 38. Gaji IV, erat imaginaria quædam venditio, ex qua mulier per mancipationem in manum viri transibat: illam uxor non solum matrimonii, sed etiam fiduciæ causa (1), cum ex-

(1) Ita tutelæ fiduciariæ introductæ, quando jam in odium venerat jus agnatorum, originem exhibet Gajus I. §. 192.

traneo facere potuit, ut dicis gratia in manum veniens evitaret tutelam legitimam, non in mulieris, sed agnatorum utilitatem maxime constitutam, ex qua, fere sicuti non multis ab hisce annis ex jure feudali obtinebat, bona mulierum in familiis ita servabantur, ut ad agnatos semper redirent.

Nunc de mancipio, quod significare potestatem, patris imperio fere similem, in personas liberas per emancipationem emptas, ante Gajum ignotum erat. Mancipium propter noxam aut fiduciam fiebat: in priori casu, qui in mancipio tenebantur, aliquatenus, ut servi, habebantur: eorum tamen melior quam servorum erat conditio. In altero casu fiduciæ causa in mancipio dati, plerumque non nisi uno momento detinebantur, cum mox emancipandi essent (1).

His expositis inquirendum est, quare Gajus separaverit conditionem personarum, quæ ita in manum mancipiumve venerant, a conditione earum, quæ in potestate jam tenebantur: hoc maxime oriri videtur ex capitis diminutione, quam illæ alieno juri non subjectæ, quum obligatio contrahebatur, post in manum vel mancipium conveniendo, subierant. Capitis diminutio enim, mutans statum personæ, ejus obligationes et jura personalia extinguebat, et eam ab omnibus debitis liberare videbatur; neque

113.—116. Quod probat tutelam fratrum, a Justiniano fiduciariam dictam, non esse veram, sed ad prioris imitationem constitutam.

(1) Gaj. I. §. 138. 141. 142.

etiam obligatus erat civili jure is, in cujus manum vel mancipium convenerat; cum nemo teneatur ex rebus ab altero gestis: ne vero tali juris subtilitate, qua persona capite minuta non amplius eadem esse videbatur, abuterentur homines ad fraudandos creditores, in manum vel mancipium plerumque dicis causa sic veniendo; Prætor actionem introduxit, ex qua non capite diminuti fingeantur, et, si non defenderentur ab eo, cujus juri tunc subjecti essent, venderentur omnia bona, quæ penes eum erant per manum, vel mancipium et quæ illorum futuræ fuissent, nisi alieno juri sese dein subjecissent: hæc actio, ad adrogationem etiam pertinens, erat actio fictitia, de qua supra quædam diximus, et quam antiquissimis temporibus introductam fuisse, probare videtur ejus, ad corrigendam istam juris veteris subtilitatem, urgens necessitas. Ex hisce facilius intelligitur, quare Gajus simul non tractaverit de personis, quæ, obligatione suscepta, in manum mancipiumve venerant cum iis, quæ quum sese obligaverant, jam in potestate erant: adversus has enim personas actio capitis diminutionis rescissoria nullius erat utilitatis, cum, quando contractum fuerat, nihil sibi proprium haberent, et actiones adjectitiæ qualitatis inde exercerentur: aliæ vero per capitis diminutionem jure civili liberatæ ab obligationibus, quas prius contraxerant, non nisi per actionem fictitiam conditionis earum, quum sui juris erant, indeque bona ad eas adhuc pertinebant, ad solvendum cogi poterant. Ita Gajus ratione diversæ speciei actionum,

quæ contra has vel illas personas erant instituendæ prouti, post vel ante obligationem contractam, alieno juri erant subjectæ, diverso loco de iis disseruit.

Justiniani tempore, abolita in manum conventionem, actio, quæ antiquitus contra eos, qui in manu mancipiove erant, exercebatur, non nisi contra arrogatorem instituebatur, quod patet ex §. 3. Inst. III. 11, qui §°. 80, Gaj. IV, ex verbis et sententia simillimus est. Hanc actionum doctrinam sequebatur fortasse actio propter pauperiem, quæ in Institutionibus hoc loco ponitur: et de qua tractatum fuisse in deperdito folio, quod hunc §. excipiebat, conjicere licet. Verba, quæ supersunt principio alterius folii, quod habemus, concepta videntur ad casum, quomodo paterfamilias vel dominus, mortuis iis, qui damnum fecerunt, noxam dando liberantur (1).

§. VIII.

DE HIS, PER QUOS AGERE POSSUMUS.

Dum legis actiones erant in usu, alterius nomine, ut vidimus, agere non licebat, nisi pro populo, pro libertate et tutela (2): postea autem, teste Justiniano (3), hoc nimis incommodum visum, receptumque est, ut alieno nomine ageretur; nam et morbus et ætas et necessariæ peregrinationes, itemque multæ aliæ causæ erant hominibus impedimento, quominus rem suam ipsi exequi possent. Personæ

(1) L. 39, §. 4 — l. 42. §. 1, D. de nox. act. — Gaj. IV, §. 81.

(2) Gaj. IV. §. 82. §. 184. l. ejusdem.

(3) Inst. de act. p. h. tit.

alieno nomine agentes, sunt cognitor, procurator, curator, et tutor. Tutores et curatores, de quibus specialiter hic inquirendum non est, aliis modis, quibus procuratores et cognitores constituebantur, nimirum : aut testamento a parentibus, aut lege, aut a Magistratibus, quibus id lege permissum erat, uti fusius Com. I. §. 144 et sq. a Gajo refertur. Hic itaque maxime spectandum est ad procuratorem et cognitorem, cujus ultimi neque nomen neque significatio in libris juris Justiniani occurrit.

Videamus primum, quomodo concipienda fuerit formula, si non proprio, sed alieno nomine actum sit. Quicumque pro alio interveniebat, seu ab actoris seu ab adversarii parte, *intentionem* ex persona domini sumebat, *condemnationem* vero in semetipsum convertebat (1). In actionibus in rem intendebatur tantum rem actoris esse, quin in intentione comprehenderetur nomen personæ, contra quam judicium dabatur (2) : inde, si ab adversarii parte aliquis agebat, nomen domini continebatur neque in *intentione*, neque in *condemnatione*, quæ in personam alieno nomine agentis conversa fuerat. Cum formula componebatur, si is, qui alieno nomine agebat,

(1) Gaj. IV. §. 86.

(2) Hæc differentia conceptionis in rem et in personam formularum oritur inde, quod in actionibus in rem, simulatque probatum fuerit, hanc rem nostram esse, condemnandus est quicumque hanc rem nostram non esse in judicio defendit : in tali enim actione ratio decidendi non desumitur, uti in actionibus in personam, ex persona nobiscum agente, sed ex jure, quod nobis circa rem immediate competit.

intendebat sibi et non domino dari oportere, periculum quidem nullum erat; sed ex integro tota res ordinanda (1).

In cognitore et procuratore sequentes sunt discriminis causæ. Cognitores solennius substituebantur; cum certis verbis, coram adversario, ab ipso litigante præsentē ordinarentur: procuratores nullis certis verbis, ex solo mandato, absente et ignorante adversario a litigatore, ut videtur, absente etiam, constituebantur. Circa satisfactiones erat quoque differentia, quam sic exponit Gajus: nec in personam ab actoris parte, nec in rem, *si per cognitorem quidem agatur, ulla satisfactio vel ab ipso, vel a domino desiderantur: cum enim certis et quasi solennibus verbis in locum domini substituaturn cognitōr, merito domini loco habetur. Procurator vero si agat, satisfacere jubetur, ratam rem dominum habiturum: periculum enim est, ne iterum dominus de eadem re experiatur. Quod periculum non intervenit, si per cognitorem actum fuit. Quia de qua re quisque per cognitores egerit, de ea non magis amplius actionem habet, quam si ipse egerit.* Gaj. IV. §. 97. 98. — Si contra agatur ab adversarii parte, Gajus admonet, neminem alienæ rei sine satisfactione defensorem idoneum videri; notat adhuc inter cognitorem et procuratorem differentiam, quæ, quamvis de actionibus in personam expressim facta, trahenda tamen est ad actiones in rem, quando alieno nomine iudicium accipitur (2): hæc in eo

(1) Gaj. IV. §. 55. (2) Gaj. IV. §. 90.

est, quod si cum cognitore agatur, dominus satisfacere jubetur, si vero cum procuratore, ipse procurator satisfacat (1). Separare etiam cognitorem a procuratore videntur exceptiones propter dantis vel alieno nomine agentis infamiam: Gajus enim, utriusque conditionem accurate ubique comparans, has exceptiones non procuratorias, sed cognitórias appellat: unde conjicere fas est, quamvis res singularis videatur, infamia notatos, et procuratores esse, et procuratores constituere potuisse; cum infami neque cognitóriam operam suscipere, neque per cognitorem agere licuisset (2). Contra hæc nihil facit auctoritas Justiniani, qui titulum Digestorum de iis, qui notantur infamia cum titulo de procuratoribus conjunxit, procuratoriasque vocavit has exceptiones, cum eas abrogaret: hic enim cognitorum mentionem delere voluit, et quæ erant iis propria, ad Procuratores extendit (3).

Quamvis has inter procuratores et cognitores differentias noscamus, obscura nihilominus remanet vera horum ab illorum distincta indoles; cum eas magis in diversa ratione, qua constituebantur, quam in diversa officii natura posuerit Gajus: habemus vix hodie conjecturam, quæ virorum doctorum sententiam juvet. Ne tamen difficiliora, ut sæpe fieri solet, silentio præterire videar, sequentia proponere mihi permissum sit.

(1) Gaj. IV. §. 101.

(2) Gaj. IV. §. 124.

(3) Inst. §. 10. de exceptionibus — Theoph. eod. loco uberius rem explicavit.

Ante procuratores jam antiquitus in usu fuisse cognitores indicant, ni fallor, formæ solenniores et severæ, quæ in hisce ordinandis requirebantur. Ita, populo paulum recedente a rigore antiquissimarum legum, quando animadvertebatur apud omnes eam non esse prudentiam et dicendi copiam ad judicium rite peragendum, puto statim post sublatas legis actiones, concessos fuisse cognitores: hoc confirmatur loco insigni apud Auct. ad Heren. lib. II. c. 13. *ex æquo et bono jus constat, quod ad veritatem et utilitatem communem videtur pertinere: quod genus, ut major LX annis et cui morbus causa est, cognitorem det.* Ita etiam factum fuisset, ut ægrotans et sexagenarius, quibus olim ex leg. XII Tab. per extraneam personam agere non licuisset, litigarent commodius per cognitorem, quo constituto, causæ abesse saltem potuerunt: etenim quamvis cognitores, dominis præsentibus quidem, darentur, ipsis tamen absentibus, causas egerunt. Mox autem molestum fuit, ut præsens semper esse oporteret dominus ad constituendam personam, quæ ejus nomine ageret; et hoc quidem non amplius ferre potuerunt maxime, cum, quæ ab initio unius urbis fuerat, universæ Italiæ fieret jurisdictio: tunc temporis enim vix possibile fuit, ut ab ejus regionibus sæpius peteretur forum Romæ, ubi, ad ministrum litis constituendum, ipsi præsentibus esse deberent: inventi sunt itaque procuratores, qui etiam domino absente substituerentur et pro eo agerent, modo mandatum haberent. Ex hoc discrimine inter co-

gnitorem et procuratorum naturali ratione ortum est alterum : scilicet , quod procurator satisfacere cogitur , cognitor vero non ; cum hic ordinaretur a domino præsente , qui facilius satisfacere , et propriis verbis faciebat adversarium certiore de persona cognitoris , quem sui loco esse volebat. Hanc veram et propriam intercedere inter cognitorem et procuratorem differentiam , quod ille præsens , absentis hic causam egerit , probat non solummodo Gajus , sed et omnia loca , in quibus de cognitoribus et procuratoribus sermo est. Sic eos separat Theodosius , qui cognitorem definit *procuratorem præsens* , et Paulus , qui procuratorem absenti datum semper præsupponit (1). Secundum conjecturam hanc explicari etiam potest , quomodo , concessis procuratoribus , etiam per cognitores actum sit : nam facilius erat hos quam illos invenire ; cum cognitores nulla satisfactione onerarentur , procuratores autem cavere deberent , ratam rem dominum habiturum : licet etiam existimare majorem potestatem fuisse in cognitore , qui , a domino ipso substitutus , ex ejus mente totius litis arbitrium habere videbatur , quam in procuratore , qui , nulla solemnitate constitutus , mandati fines egredi non poterat ; cum voluntas domini tunc magis incerta esset. Cognitor fortasse , simulatque ordinatus fuerat , per sese faciebat quaecumque necessaria ad rem defendendam dijudicabat , transigebat etiam , quod non potuisset pro-

(1) L. 7 , C. Theod. II, 12. — Paul. Rec. Sent. I, de proc.

curator in litem datus (1). Hoc Gajus ipse indicat, cum comparat cognitorem et procuratorem: *merito domini loco habetur cognitor, cum certis et quasi solemnibus verbis in locum domini substituatur* (2). Ita etiam, quod in procuratore statuerat Theodosius, ei minus congruum videbatur cognitori, quo mortuo, volebat, etsi dominus litis esset, causam tamen non ad heredes ejus, sed ad dominum ipsum causæ transire oportere (3). Ad hanc etiam significationem trahendus locus insignis ASCONII, Divin. c. 4, quo innuit cognitores easdem, quas Jurisconsulti partes obisse: *qui defendit alterum in judicio, aut patronus dicitur, si orator est; aut advocatus, si aut jus suggerit, aut præsentiā suam commodat amico; aut procurator, si negotium suscipit; aut cognitor, si præsēntis causam novit et sic tuetur ut suam: ergo cognitorem dixit modo familiarissimum defensorem*. Inde rejicienda sententia Heineccii (4) dicentis cognitores in status controversiis, procuratores in reliquis causis civilibus adhibitos fuisse; nam ex exemplis formularum, apud Gajum citatarum, videmus cognitores tum in rem, tum in personam actionibus datos (5). Cognitores itaque apud antiquos ita dicti a *cognoscendo*, quod eligebantur inter familiares, res nostras maxime cognitās habentes, erant ministri causæ præsēntis, nulla satisdatione devincti, quorum major quam

(1) Vinnius ad Inst. h. t.

(2) Gaj. IV, §. 97.

(3) L. 7, p. C. Theod. de cog.

(4) Ant. rom. IV, X §. 3. (5) Gaj. IV, §. 83—86.

procuratorum potestas, quique operam suam navasse videntur magis in causis, ubi de facto ipsis bene cognito quærebatur, quam in iis, ubi jus suggerendum erat (1).

His expositis, difficile est invenire causam idoneam, qua explicari possit, unde factum sit, ut Tribonianus cognitoris nomen in universo corpore juris Justiniani expunxerit : quærenda quidem non est in formularum abrogatione, ut vulgo putant; cum post has a Constantino sublatas, cognitores adhuc in usu essent tempore Theodosii, quod idonee probat l. 7. C. Theod. de Proc. et Cog. Causa fuisse videtur hæc, quod Justinianus rem simpliciore in jure novo facere voluit, ea, quæ in duabus personis separata erant, conjungendo in unam eandemque personam, nimirum in procuratorem, cujus utilitas major et frequentior erat; cum non solum ad lites contestandas, uti cognitor, sed et ad quas-cumque res extra judicium gerendas constitueretur (2). Opinionem hanc tuetur Justinianus, qui majorem vim mandato tribuit, et constituit circa satisfaciendi rationem eandem esse conditionem ministri causæ, mandato actis insinuato instructi, cujus dominus erat absens, quam illius, cujus præsens erat dominus. Sublatis differentiis, tum circa satisfactiones, tum circa exceptiones cognitórias, quæ

(1) Schultingius, nota 5, ad Rec. Sent. Pauli I, 12. — Quint. Inst. Orat. III, 6.

(2) Westenberg. Princip. juris secundum ordinem Pand. III. III. §. 13.

in usu intercedebant inter cognitorem et procuratorem, non erat, quod Justinianus, in novo juris corpore condendo, conservaret cognitoris vocem, cujus jam nulla erat a verbo procuratoris distincta utilitas. Cognitores potius evanuerunt, quia ultimam antiquitatem redolentes, constituendi erant certis verborum conceptionibus, quæ in desuetudinem Imperatorum tempore venerant. Nonne etiam juris novi conditores moveri potuerunt ad cognitores in personam procuratorum, a quibus paucis differabant, convertendos; ne illi male acciperentur pro ipsis Judicibus a Principe delegatis, qui et ipsi cognitores dicebantur, quosque recentiores interpretes, hanc ob causam, cum aliis confuderant?

His dictis, non inutile erit observare Justinianum requisivisse mandatum, ut quis pro procuratore haberetur, neque hunc mandato carentem etiam cum cautione de rato admisisse, nisi in quibusdam casibus, si v. g. mandatum dubium erat (1). Ita decidit controversiam, a Gajo expositam (2), qua inter Jurisconsultos alii mandatum requirebant, ut quis procurator esset, alii putabant et eum procuratorem videri, qui sine mandato, bona fide accedebat ad negotium et cavebat ratam rem dominum habiturum.

§. IX.

DE SATISDACTIONIBUS.

Hic titulus merito præcedentibus subjicitur; cum

(1) Pauli Rec. sent. I. III. §. 2.

(2) §. 3. §. 4. Inst. de satisdat. Gaj. IV. §. 84.

satisfactiones ex actionibus in rem vel in personam, prouti proprio vel alieno nomine actum sit, diverse concipiantur. Prius monere juvat, qualis fuerit earum ratio in jure veteri, ut dein videamus, quomodo a satisfactionibus juris Justiniani distent. Si in personam actio intenditur, actor non satisfacat, nisi cum per procuratorem agitur: reus vero etiam satisfacat, cum per cognitorem iudicium accipitur; non item, si proprio nomine (1): sunt tamen causæ, ex quibus satisfacat etiam is, qui per semetipsum iudicium in personam accipit: eas Gajus sic exponit: « *Quarum satisfactionum duplex causa est: nam aut propter genus actionis satisfacitur, aut propter personam, quia suspecta sit. Propter genus actionis: velut iudicati deensive, aut cum de moribus mulieris agitur. Propter personam: velut si cum eo agitur, qui decoxerit, cujusve bona a creditoribus possessa proscriptæ sunt: sive cum eo herede agatur, quem Prætor suspectum æstimaverit.* » Gaj. IV. §. 102. Ejusmodi exceptiones merito compositæ sunt ad regulam, secundum quam non satisfacat reus actione in rem conventus; qui enim suspectus est, nullam utique seu ex fide sua, seu ex facultatibus suis cautionem præstat. Quam securitatem præbet ille, qui decoxit, eoque bona sua dilapidavit? Quid existimandum de eo, cujus bona possessa proscriptæ sunt; cum, non nisi ob æs alienum contrac-

(1) Gaj. IV. §. 100–101. Observandum circa satisfaciendi rationem procuratoris similem esse ac tutoris et curatoris conditionem.

tum, a creditoribus vendita sint? Imo qualis non est turpitudine causæ, ex qua de moribus mulieris agitur, et quæ exercetur non nisi inter conjuges propter adulterium vel incestum, ut fiat dotis retentio. Denique, qui judicati depensive judicio conventus erat, jam ex ipsa actionis natura calumniose agere videbatur.

Hæc ita, si in personam agatur. Si vero in rem, ab actoris quidem parte eadem repetenda sunt, quæ diximus de actione, qua in personam agitur; aliud autem a parte ejus, cum quo agitur: hic enim sive proprio, sive alieno nomine agat, semper satisfacere debet: nam, ut inquit Gajus (1), *æquum visum est, te de eo, quod interea tibi rem, quæ an ad te pertineat, dubium est, possidere conceditur, cum satisfactione mihi cavere: ut si victus sis, nec rem ipsam restituas, nec litis æstimationem sufferas, sit mihi potestas aut tecum agendi, aut cum sponsoribus tuis*. Si non satisfaceret reus, tunc fortasse obtinebat id, quod de hereditatis petitione statuit Paulus (2): *Quoties hereditas petitur, satisfactio jure desideratur: et si satisfactio non detur, in petito rem hereditas transfertur. Si petitor satisfacere noluerit, penes possessorem possessio remanet: in pari enim causa potior est possessor*. Satisfactionem a parte rei intervenientem diversam esse pro diversa formula, qua in rem actio concepta fuerat, hisce nos edocet Gajus (3): *cæterum*

(1) Gaj. IV. §. 89.

(2) Pauli Recep. sent. I. 11.

(3) Gaj. IV. §. 91-95.

cum in rem actio duplex sit, aut enim per formulam petitoriam agitur, aut per sponsionem: siquidem per formulam petitoriam agitur, illa stipulatio locum habet, quæ appellatur judicatum solvi: si vero per sponsionem, illa, quæ appellatur pro præde litis et vindiciarum. Petitoria autem formula hæc est, qua actor intendit, REM SUAM ESSE. Per sponsionem vero hoc modo agimus: provocamus adversarium tali sponsione: SI HOMO, QUO DE AGITUR, EX JURE QUIRITUM MEUS EST, SESTERTIOS XXV. NUMMOS DARE SPONDES? deinde formulam edimus, qua intendimus, SPONSIONIS SUMMAM NOBIS DARI OPORTERE. Qua formula ita demum vincimus, SI PROBAVERIMUS, REM NOSTRAM ESSE. Nec tamen hæc summa sponsionis exigitur; non enim pœnalis est, sed præjudicialis ET PROPTER HOC SOLUM FIT, UT PER EAM DE RE JUDICETUR: unde etiam is, cum quo agitur, eam non amittit? Ideo autem appellata est pro præde litis et vindiciarum stipulatio, quia in locum prædium successit, qui olim cum lege agebatur, pro lite et vindiciis, id est, pro re et fructibus a possessore petitori dabantur. Ut sententia rerum obscurarum, quæ his verbis continentur, facilius intelligatur, accurate separanda sunt ea, quæ pertinent ad singulas formulas actionis in rem. Per formulam petitoriam intendimus: rem nostram esse; indeque locum habet satisfactio judicatum solvi. Per sponsionem vero intendimus: sponsionis summam nobis dari oportere, si res nostra sit: quo facto obtinet satisfactoria stipulatio pro

i.

præde litis et vindiciarum. In utroque judicio igitur diversa erat tum formulæ conceptio, tum satisfactio: ita si per formulam petitoriam agebatur, actio erat in rem directa, lis mittebatur ad *arbitrum*, qui dijudicabat, an res actoris esset et quantum hanc ob causam ei ex bono et æquo præstari oporteret? Inde cum judicium esset incertæ pecuniæ, satisfactio, quæ ei accedebat, incerta quoque erat et vocabatur stipulatio judicatum solvi: per hanc enim rei possessor non solum de rei restitutione cavebat, sed etiam de præstandis iis, quæ arbiter ex formula petitoria datus, in condemnatione pronunciaturus erat. Contra si per sponsionem in rem agebatur: actio non erat directe in rem, sed in personam concepta. Ex sponsione non arbiter, sed judex postulabatur, qui de præstationum incerta quantitate ex bono et æquo non inquireret; sed totus in eo esset, ut secundum jus civile decideret, an res, de qua agebatur, actoris esset, solutaque affirmative hac unica quæstione, rei possessorem condemnaret in fictitiam sponsionis summam; hæc enim, ut ait Gajus, *propter hoc solum fit, ut per eam de re judicetur*: certæ pecuniæ itaque erat judicium, et ex eo sola juris quæstio de proprietate movebatur: inde stipulatio pro præde litis et vindiciarum, quæ sponsioni accedebat, omnino diversa erat a satisfactione judicatum solvi; illa enim actor non cavebat de diversis præstationibus, quæ continebantur in condemnatione incertæ pecuniæ judicii arbitrarii, sed solummodo dabat prædes de re conservanda: nam teste Asco-

nio (1) : *prædes dicuntur satisdatores locupletes pro re, de qua apud judicem lis est, ne interea qui tenet, diffidens causæ, possessionem deteriorem faciat, tecta dissipet, excidat arbores et culta deserat.* Sponsionis, ex qua in rem agebatur, natura singularis attente animadvertenda est; contra id enim, quod in usu erat, poenalis non fuit, nec exigebatur; sed solum præjudicialis, quia in minimam pecuniæ summam, ex ea dicis gratia conceptam, condemnatio præjudicium afferebat iudicio in rem. Per illam litigantes nihil aliud voluerunt nisi iudicium certum facere, ut in officio iudicis esset de eo cognoscere, et ita, remota difficultate, qua morabatur iudicium arbitri, nuda quæstio de jure domini celerius decideretur. Simulatque sponsione victum iudex declaraverat rei possessorem, statim de re quæstio soluta erat; cum sponsionem obtineret non nisi is, qui probaverat rem suam esse. Per sponsionem, a Gajo *præjudicialem* dictam, præjudicium interveniebat de jure proprietatis in actione in rem, sicuti in actione præjudiciali, de operis a liberto præstandis, cum dijudicatum fuerat hunc libertum esse. Merito conjicere possumus, facta sponsione, statim aliud acceptum fuisse iudicium, quo is, qui ex sententia iudicis non nisi in sponsionis summam condemnari videbatur, ad rem restituendam teneretur: fons opinionis nostræ nititur Gajo. IV. §. 165, quem ita restituendum puto: "*Sed actor sponsionis summam non solum*

(1) In Cic. Verr. I. c. 45.

stipulatur. *Intervenit et aliud iudicium de re restituenda vel exhibenda : ut si sponsione victus fuerit adversarius , res exhibeatur aut restituatur.* »

Per sponsionem actio in rem præcipue instituebatur, ut verisimile est, cum præstanda, ob rei restitutionem non factam, nullius fere erant momenti, vel litigantes ipsi de iis inter se convenerant, ut certæ essent, nec infinitam potestatem darent arbitro (1). Præterea exitus iudicii per sponsionem faciliior et promptior erat; nam inde non movebatur controversia circa duas quæstiones : *cujus sit res, de qua agitur?* quantum hanc ob causam præstandum sit? sed simpliciter dijudicandum : *cujus res sit?*

Valde cavendum, ne quis sponsionem pro ipsa satisdatoria stipulatione accipiat, errore inductus §. 94. Gaji IV, ubi confundi videntur : « *nec tamen hæc summa sponsionis exigitur : non enim pœnalis est, sed præjudicialis, et propter hoc solum fit, ut per eam de re iudicetur. Unde etiam is, cum quo agitur..... ideo autem appellata est pro præde litis et vindiciarum stipulatio, quia in locum prædium successit, qui olim, cum lege agebatur, pro lite et vindiciis, id est, pro re et fructibus a possessore petitori dabantur.* Fortasse quis existimaret ex hisce, sponsionem successisse stipulationi pro præde litis et vindiciarum, et ita formulam cum satisdatione confunderet, quod falsum esset; nam successisse dicitur stipulatio pro præde litis

(1) Seneca de benef. I. c. VII—Gaj. IV. §. 51.

et vindiciarum, quia ex abolitis legis actionibus, ad quas olim accedebat, translata fuerat ad alterum agendi modum, nimirum ad sponsionem. Cæterum quomodo in sponsione esset satisdatio? An forte in pecuniæ summa, quam litigantes stipulabantur? Minime; hæc enim exigere non poterat: dein an XXV sestertii essent idonea satisdatio pro homine? utique non, nam Gajus indicat §. 53. IV, hominis æstimationem constare X millibus sestertium. Præterea, ut exposuimus in explicatione §. 91 supra citati, hic verbis adeo expressis formulam agendi, i. e., sponsionem separat a stipulatione pro prædelitis et vindiciarum, ut dubitare non possimus hanc et illam, fuisse duos actus plane distinctos et a litigantibus repetita vice interpositos (1). Explicatio, quam circa hanc difficilem et obscuram Gaji Institutionum partem, proposui, et eo confirmatur, quod ex ea, singulis formulis agendi in rem, propria assignatur utilitas, naturali rerum rationi maxime accommodata: prouti enim litigantium intererat, iudicium ejusque conditionem stricte definitam, iudici

(1) Hæc satis superque probat ASCONIUS, quamvis de sponsione pœnali locutus: *lis vindiciarum est, cum litigatur de ea re apud Prætorem, cujus incertum est, quis debeat esse possessor, et ideo, qui eam tenet, SATISDAT PRO PRÆDELITIS VINDICIARUM adversario suo, quo illi satisfaciat, nihil se deterius in possessione facturum, de qua iurgium esset. RURSUS sponsione ipse provocatur ab adversario certæ pecuniæ, aut æstimationis, quam amittat, ni sua sit hereditas, de qua contendit. Ad. Cic. I. c. 45.*

deferre, vel rem integram, ex æquo et bono dijudicandam; arbitro relinquere, per sponsionem aut formulam petitoriam in rem agebant (1).

Hanc satisdandi rationem Justinianus omnino permutavit, eamque, negligenter et multa omittens, in Institutionibus suis exposuit: abrogans ea, quæ antiquitus obtinebant, statuit reum, sive in rem, sive in personam actione conveniatur, nunquam pro judicato solvi aut pro præde litis et vindiciarum cavere cogi, tantumque teneri promittere se in judicio permansurum usque ad litem finitam, quod satisfactione confirmatur non nisi in casu, quo reus de fuga suspectus est: satisdare etiam debet, cum per procuratorem agit; aut saltem debet hujus præsentis personam confirmare: ab actoris vero parte, si procurator intervenit, hic non cavet dominum ratam rem habiturum, nisi in mandato, quo instructus est, defectus sit: etenim repellitur etiam cavendo, si nullum mandatum habet (2). Ex hisce videmus Justinianum abrogasse differentiam actionum in rem

(1) Mirum est apud Anglos, cum maxime circa rem probandam vertitur controversia, mota apud judices Curiarum Æquitatis (*Courts of Equity*), in minimam pecuniæ summam ita a litigantibus fingi sponsionem, ut per eam de lite ad illos delata, cognoscere possint Jurati: hæc fictio sponsionis, quæ in aliis casibus etiam dicis causa usurpatur ad impendia diminuenda et litem celerius dijudicandam, omnino respondet sponsioni judiciali Romanorum et dicitur *feinte issue*. Vid. BLACKSTONE. vol. V. c. 27. f.

(2) L. 35. D. de Procurat. — l. 21. C. eodem.

et in personam circa satisfaciendi modum; et oratione in solam procuratoris personam conversa, sustulisse omnes discriminis rationes, quæ procuratorem a cognitore separabant.

§. X.

DE POENA TEMERE LITIGANTIUM.

Non satis erat cavere, ne per rei possessoris dolum actoris conditio deterior fieret, aut per personas alieno nomine agentes inanibus sumptibus onerarentur litigantes; oportuit adhuc variis modis coercere temere litigantes: temere autem litigare videtur tam is, qui aliquid a se deberi negat, quam is, qui sibi aliquid deberi falso affirmat.

Pro diversa actionum natura diversi erant modi, quibus tum actoris, tum rei temeritas reprimebatur. In reum animadvertebatur 1°. Sponsione: 2°. Poena ipsius actionis vi et naturæ inhærente: 3°. Jurejurando: 4°. Ignominia.

Sponsionem facere nonnisi quibusdam ex causis permittebatur, velut de pecunia certa credita et de pecunia constituta. In utraque causa sponsionis summa statuta erat: si de certa credita pecunia agebatur, sponsio erat tertiæ partis causæ; si de constituta pecunia, partis dimidiæ: hac vel illa sponsione actor reum provocabat: qui victus erat, ejus summam poenæ nomine præstabat, quæ adversario lucro cedebat (1). Actio de constituta pecunia datur, quum pecunia jam ante debita, cui certum tempus,

(1) Gaj. IV. §. 13.

quo solveretur, absque stipulatione indultum fuerat, rursus a reo improbo denegaretur (1). Actio de certa credita pecunia competit, quando mutui causa pecuniam numeratam dedimus: in utraque actione quantitas rerum, quæ petebantur, semper certa erat: inde, quum per sponsionem ageretur, condemnatio erat certæ pecuniæ, et iudicii forma ita definita, ut iudex ex tali causa datus tantummodo inquireret, an deberetur? Minime perspicuum est, unde Romani, sponsionem facere permiserint ex his actionibus, potius quam ex aliis in quibus etiam res certa erat (2). An fortasse eo, quod maxime ingratus et turpis esset ille, qui actione constitutæ pecuniæ conventus erat? An in actione certæ creditæ pecuniæ, propter severitatem nimiam, qua semper animadvertebatur in eos, qui ære alieno contracto obligati, creditoribus non satisfaciebant? An propter usum mutui frequentissimum, ita hoc muniendum contra rei inficiantis calumniam necesse præcipue existimaverant? Cæterum partis certæ sponsiones eo magis his actionibus erant accommodatæ, quod ex hisce quantitas debiti semper certa erat.

Pœna inhærens vi et naturæ ipsius actionis, qua reus puniebatur, erat pœna dupli, tripli vel qua-

(1) Theop. IV. §. 8. de Act.

(2) In actionibus in rem et in interdictis per sponsionem etiam actum fuisse probant ASCONIUS et GAJUS: tunc autem non jure civili determinatam, sed arbitrio litigantium definitam quantitatem fuisse verisimilius est. Asconius ad Cic. Verr. I. c. 45. — Gaj. IV. 141.

drupli : dupli poenae causa est diversa pro diversa actionum specie; modo enim etiam ab initio, modo nonnisi reo inficiente, dupli est : *statim autem ab initio pluris quam simpli actiones sunt furti manifesti, quadrupli, nec manifesti dupli, concepti et oblati tripli* : nam ex his causis et aliis quibusdam, sive quis neget, sive fateatur, pluris quam simpli est actio. Gaj. IV. §. 173. Inde cognoscimus, quae fuerint actiones in triplum conceptae, scilicet actiones furti concepti et oblati, quae Justiniani tempore in desuetudinem abierant. Imperator in §. 1. Inst. h. t. immemor, eas statim ab initio pluris, quam simpli esse, dicit fuisse actiones adversus inficientes in triplum datas; cum sive fateretur, sive negaret reus, semper tripli essent : itaque interpretes in jure novo nec veteri videntes actionem adversus inficientem in triplum crescentem, eam se ignorare fatebantur, neque fidem habebant Cujacio, qui ejus exemplum in actione furti concepti merito ponebat, omittens tamen actionem furti oblati, quae etiam tripli est (1). Reo inficiente solum in duplum crescentes actiones, sunt actiones judicati, depensi, damni injuriae aut legatorum per damnationem relictorum, quae ab initio litis simpli erant, quia qui una harum actione conveniebatur, antequam judicium susciperet, apud Praetorem admonebatur, ut confiteri vellet : si confiteretur, solvebat tantummodo id, quod debebat; si vero inficias iret, poenae nomine in duplum condemnabatur (2).

(1) Otto ad Inst. §. 24 de Act. h. t. (2) THEOPH. de Act. §. 26.

Jusjurandum, quo etiam rei litigantis temeritas coërcebatur, duabus ex causis deferrebatur : inde hæc verba Gaji : Quodsi vero nullum cum mota actione *periculum ejus, cum quo agitur, conjungatur, ac ne statim quidem ab initio pluris quam simpli sit actio, permittit Prætor, jusjurandum exigere, non calumniæ causa inficias ire. Unde qui heredes, vel qui heredum loco habentur spon- sionem facere non? obligati sunt. Item feminis pupillisque Prætor remittit obligationem? spon- sionis; jubet tamen eos jurare* IV. 172. Ex exemplis personarum, sponsione liberatarum, conjicere licet a debitorum defunctorum, virorum, tutorumque di- versam fuisse heredum, feminarum pupillorumque conditionem circa periculum in judiciis agendi; cum hi tantummodo tenerentur jurare sese bona fide litiga- re, etiam in iis causis, ex quibus ab aliis cum periculo sponsione agendum erat : hæc differentia, quæ oritur ex eo, quod illi facile in errorem induci potuerunt circa jus et causam actionis, qua conveniebantur ex negotiis susceptis et gestis ab aliis, probat quanta prudentia et æquitate statutum fuerit a Romanis de poenis, quibus reprimeretur litigantium temeritas. Ratio, ex qua jusjurandum, permissum in actio- nibus, reo inficiente in duplum crescentibus, non deferrebatur in actionibus, quæ ab initio dupli erant, petenda est ex eo, quod fures improbi, infames ex hisce conventi, non sint illi, qui ad confessionem adducantur per religionem jurisjurandi : imo si illud deferre Prætor permisisset, juramentum nova fuisset

occasio delinquendi; cum perjurium furto adjecissent : contra in actionibus per inficiationem in duplum crescentibus spes erat, reos per perjurii metum a calumnia amoveri posse, et ita per confessionem debiti controversiam quandoque finiendam.

Per ignominiam quoque coërcebatur rei litigantis temeritas ex certis causis, quas sic Gajus enumerat : *Quibusdam judiciis damnati ignominiosi fiunt : velut furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, item pro socio, tutelæ mandati, depositi. Sed furti, aut vi bonorum raptorum, aut injuriarum non solum damnati notantur ignominia, sed etiam pacti conventi scriptum est. IV. §. 182.* Justinianus, hunc §. excerpens strictius loquitur in Institutionibus suis : *item tutelæ, mandati, depositi, directis, non contrariis actionibus; item pro socio, quæ ab utraque parte directa est : et ob id quilibet ex sociis eo judicio damnatus, ignominia notatur. §. 2. IV, 16.* Merito quæri potest, an ea apud Gajum non occurrens distinctio, qua Justinianus ignominiam restringit ad actiones directas, declarat derogationem juri veteri ab eo factam? Verius autem videtur, hæc verba potius explicationis, quam derogationis gratia adjecta fuisse; res enim tanti est momenti, ut vix credendum sit, Justinianum et Theophilum non dixisse aliquid, ut vulgo faciunt, quod nos moneret, jus novum constitui : imo, quamvis aliqua sit perfidia damnati actione contraria, quod inficiatus est sumptus impensos pro tutela, mandato et deposito; tanta tamen

non est ejus nequitia quanta illius, qui actione directa damnatus est. Fortasse etiam Gajus otiosum existimavit exprimere distinctionem, quam satis indicare videbatur, conjungendo ad eandem causam actiones pro socio, tutelæ, mandati, depositi una cum actionibus furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, ex quibus actiones contrariæ non erant. De ignominia tractatur post cætera remedia, quibus impeditur litigantium temeritas, quia ignominia fortasse non erat, sicuti sponsio, juramentum, remedium apud Præto-rem interpositum, sed ex judicis sententia profectum; etenim, re cognita apud Magistratum, judicioque accepto, reus actori satisfaciendo, ignominiam vitare potuit; nam tum reus non condemnabatur; sed absolvendus erat; cum omnia judicia absolutoria essent (1).

Ex parte actoris temeritas litigandi quatuor modis coërcetur: 1°. Calumniæ judicio; 2°. Contrario judicio, 3°. Jurejurando: 4°. Restipulatione (2).

Calumniæ judicium in quacumque actione objiciebatur et poena ejus erat decimæ partis causæ adversus omnes actiones, quintæ partis vero adversus interdicta. In his itaque litibus, quæ vertuntur maxime circa possessionem vi, clam, precario abreptam majus erat periculum: *quum*, inquit CICERO in fragmento orat: pro Tullio, *his temporibus ex bello diuturno atque domestico res in eam consuetudinem venisset, ut homines minore religione armis uteren-*

(1) Gaj. IV. §. 114.

(2) Gaj. IV. 174.

*tur, necesse putaverunt poenam graviores consti-
tuere, ut metu comprimeretur audacia : inde,
propter nimiam hominum licentiam, severius coër-
cuerunt Romani calumniam ex interdictis quam
ex ceteris actionibus, quæ tranquillitatem et secu-
ritatem civium minus turbare videbantur. Hæc poenæ
differentia cognita non erat ab interpretibus, qui
secundum Justiniani verba §. 1. Inst. h. t. quos-
cumque actores sine discrimine in decimam litis
partem condemnatos fuisse existimabant.*

Contrarium judicium permittebatur non nisi ex
certis causis, quarum adeo gravis et odiosa erat na-
tura, sicuti ex exemplis a Gajo allatis probatur,
ut ex iis semper coërceretur actor, si victus esset.
Contrarium judicium dicitur, quia simulatque judicis
sententia nobis contraria fuerit, poenam decimæ vel
quintæ partis perdimus, quin quærat, utrum ha-
buerimus necne affectum calumniandi; contrarium
judicium enim hic non est intelligendum, uti actio
contraria, opposita actioni directæ ejusdem generis;
cum non sit ejusmodi directum judicium, contrario
judicio respondens actorique contra reum competens.
Modus coërcendi contrario judicio severior est eo,
qui ex calumniæ judicio exercetur; hoc enim nemo
damnatur nisi qui intelligit non recte se agere; sed
vexandi adversarii gratia actionem instituit, potius-
que ex judicis errore vel iniquitate victoriam sperat,
quam ex causa veritatis: calumnia enim in affectu
est: contrario autem judicio omnimodo damnatur
actor, si causam non tenuerit et nil refert an opi-

nione inductus crediderit se recte agere nec ne (1). Calumniæ judicium in omnibus actionibus obtinet, eoque constituitur in omnibus causis, unde proditum est contrarium judicium : contrarium vero judicium, cum ad certas causas restringatur, non permittitur in omnibus casibus, ex quibus calumniæ judicio agitur : ita hujus conceptu strictior est contrarii judicii sphæra. Gajus, utrumque comparans, non exponit, qualis fuerit circa poenæ quantitatem eorum relatio : inde suboritur quæstio, utrum hæc in contrario judicio eadem fuerit, quæ in calumniæ judicio ? Id dicendum erit, si enim eadem non fuisset, Gajus utique utrumque judicium sub diversis discriminis rationibus evolvens, quoad poenam ea etiam separasset. Nonne poenæ quantitatem omittendo, subintelligere videtur hanc similem esse ejus, quæ in calumniæ judicio interveniebat ? Quid autem opinionem meam validius confirmat quam ratio exemplorum a Gajo allatorum, ut ostendat causas quasdam, ex quibus contrarium judicium constituebatur ; cum hæc exempla accommodata videantur quantitati poenæ judicii calumniæ pro diversa actionum, et interdictorum causa ? « *Contrarium autem judicium ex certis causis constituitur : velut si injuriarum agatur, quod dicatur ventris nomine in possessionem missa, dolo malo ad aliam possessionem transtulisse ; item si quis eo nomine agat, quod dicat se a Prætore in possessionem missum ab*

(1) Gaj. IV. §. 178.

alio quo admissum non esse : sed adversus injuriarum quidem actionem decimæ partis datur ; adversus vero duas istas quintæ. Gaj. IV. §. 177. Nonne ratio , ex qua alia in actione injuriarum , alia in interdictis pœna sit , desumenda est ex regula , quæ in calumniæ judicio observatur ? Hoc solummodo rem dubiam facit , quod loco *quintæ* partis in §. 175. Gaj. IV , ubi de judicio calumniæ agitur , *quartæ* partis pœna ponitur : inde enim , ad defendendam opinionem hanc , dicere debemus circa hoc vel illud vocabulum errasse librarium ; quod autem facile concedendum , si et vocis et litterarum similitudinem comparemus : itaque supra , contra codicis verba , pœnam quintæ partis exactam in judicio calumniæ affirmare non dubitavi , cogitans verisimilius , circa quartæ quam circa quintæ partis vocem errorem esse ; cum textus §i. mox citati , in quo de illa tractatur , corruptus videatur , cumque pœna quintæ partis magis accommodata sit rationi alterius pœnæ in actionibus , nimirum , pœnæ partis decimæ , quæ tunc esset dimidia ejus , quæ in interdictis exigebatur.

Definiamus jam exempla a Gajo allata in §. 177 , ut videamus , an revera convenient ad normam , quam ipse exhibuit sequentibus : *« et quidem calumniæ judicium adversus omnes actiones locum habet et est DECIMÆ partis causæ : adversus interdicta vero QUINTÆ (quartæ) partis causæ.* IV. 175. Nonne perspicuum est ex hisce causas contrarii judicii ad pœnam partis quintæ supra compositas , esse inter-

dicta; causam vero accommodatam poenae decimae partis esse exemplum actionis? Quid enim intendimus, dicendo mulierem ventris nomine in possessionem missam dolo malo ad aliam possessionem transulisse, vel nos a Præatore in possessionem missos ab alio quo admissos non esse? Nonne intendimus aliquid factum esse adversus interdictum, unde poena quintae partis erat? Quare e contrario poena decimae partis pronuntiatur contra eum, qui injuriam commisit? nonne hoc repetendum est ex norma constituta circa periculum in calumniae iudicio, ex quo, exceptis interdictis, poena adversus omnes actiones decimae partis erat? Utique admittendum non est ex casu mere fortuito Gajum in exemplis causarum contrarii iudicii secutum esse, circa poenae quantitatem, rationem diversam actionum et interdictorum ex iudicio calumniae. Hæc satis superque probant poenam contrarii iudicii ad exemplum poenae iudicii calumniae constitutam esse et loco *quartae*, *quintae* scribendum, aut saltem nonnisi hoc vel illud verbum in utroque Gaji §º. legendum.

Restipulatione actor temere litigans etiam coërcetur ex certis causis, inter quas esse omnes actiones, ex quibus reus sponsionem faciebat, verisimile est; nam ubi a parte rei intercedit sponsio, ibi a parte actoris intervenire restipulationem in plurimis locis nos edocet Gajus (1). Ut contrario iudicio, sic restipulatione actor puniebatur, etiamsi nesciret, se non recte agere.

(1) Gaj. IV. §. 165. 166. 167.

Denique jurejurando impediabatur actoris temeritas; etenim, inquit Gajus, *liberum est ei, cum quo agitur, aut calumniæ judicium opponere, aut jusjurandum exigere non calumniæ causa agere.* IV. §. 176. Ex his verbis sequitur, reo permissum fuisse inter diversos calumniam coërcendi modos eligere, quale judicium contra actorem instituere vellet: unde videretur fieri potuisse ut, actore reum jurejurando provocante, hic illi calumniæ judicium opposuisset, et ita duriores litis eventum subiisset actor, quod iniquum non erat; cum probata calumnia, judicaretur simul hunc movisse fraudulenter litem, qua vexaret alterum, quem fortasse ad litigandum imparatum sciebat et quem eo facilius se victurum sperabat.

Diversarum poenarum, quibus litigantium temeritas reprimitur, hæc est relatio, quod non nisi ex alterutra agere permittitur: itaque si jusjurandum de calumnia exactum fuerit, quemadmodum et calumniæ judicium non datur, ita et contrarium et restipulatio peti non potest (1). Hæc tamen in quacunque actione non rite objiciebantur; nam ut restipulatio, sic contrarium judicium non nisi ex certis causis constituebatur: cum vero causæ, unde utrumque dabatur, non eædem essent, ut verius videtur, necessario fieri debuit, ut contrarium judicium locum non haberet in causis, ex quibus restipulatio facta fuerat: ita explicantur ultima verba

(1) Gaj. IV. §. 179. 181.

hujus §i. quodsi ab actore? *restipulationis pœna petatur, ei neque calumniæ judicium opponitur, neque jurisjurandi religio injungitur, nam contrarium judicium in his locum non habere palam est.* Gaj. IV. §. 181.

Justinianus cum hanc universam doctrinam immutasset, diversi modi, quibus litigantes coërbantur, partim vix cogniti, partim omnino desiderati hactenus erant. Imperator enim, rescissis sponsionibus et aliis ejusmodi judiciis, ad omnes causas jusjurandum extendit et nonnisi per perjurium, ignominiam, poenas dupli vel quadrupli, damnum erga adversarium, impendia litis, refrænari voluit litigantium nequitiam.

§. XI.

DE IN JUS VOCANDO.

Hic titulus, quem Gajus separatim exposuit, nullius fere momenti est in Institutionibus, abolita veteri procedendi ratione et cum titulo de pœna temere litigantium conjunctus est a Justiniano, qui ea, quæ ad vadimonium pertinebant, accurate expunxit.

Omnium actionum instituendarum principium erat in jus vocatio, qua facta actor reo, qui in jus venerat, actionem coram Prætore edebat, ut eam impetraret: his peractis, si non paciscerentur litigantes, vadimonium fiebat, ut in diem statutum reus sese sisteret in jure, ad negotium continuandum: si die statuto reus et actor aderant, hic denuo actionem intendebat; dein reus, qui intra vadimonii

prolationem se paraverat ad defensionem, negabat, quod ab actore asserebatur, aut exceptionem ob-
jiciebat. Ex interrogationibus et responsionibus in
jure ita factis, Prætor definiebat formulam, secundum
quam judicium daretur : denique interveniebant
præstationes ex utraque parte, provocabaturque ad
judicem, qui postea datus, rem dijudicabat litique
finem faciebat.

Quibus præmissis, ut perspicuum esset, ad quam
ordinis judiciorum partem vadimonium accedebat,
de hujus natura accuratius tractandum est. Vadimo-
nium fiebat, cum reus, qui jam in jus venerat,
promittebat se, certo die plerumque perendino, huc
rediturum. Is, qui sic se obligabat, vadatus dice-
batur, quia vadendi, id est, discedendi potestatem
habebat : de vadimonio sic loquitur Gajus : *qui
autem in jus vocatus fuerit ab adversario, nisi
eo die FINIS VENERIT NEGOTIO, vadimonium ei fa-
ciendum est, id est, ut promittat se certo die sisti.*
IV. §. 184. Ex naturali interpretatione hujus §. pers-
picuum est, vadimonium datum fuisse, quando in jus
jam ventum erat; cum illud non fieret, nisi quia, reo
in jus vocato, finis nondum venerat rei jam inchoatæ
coram Prætorē (1). Erravit itaque Cl. VOORDA in
dissertatione sua, falsæ vadimonii definitioni inædi-
ficata; cum declarat "*sibi vadimonium, nil quid-
quam esse quam illam ipsam cautionem, quam
in jus vocatus, si ire nollet, præstabat, ne vi
raperetur* (2); ita enim confudit cum GRAVINA,

(1) Gaj. III. §. 224. (2) VOORDA de vad. c. II. §. 3.

BRISSENO et aliis eum, qui vadimonium promittebat cum eo, qui vindicem dabat: per vadimonium reus cavebat, se die statuto in jure non abfuturum, cum per vindices caveret actori, ne, manu injecta, domum ab actore duceretur (1); vadimonium plerumque muniebatur cautione, quæ sæpius litis æstimatio erat, et quam perdebat reus, si vadimonium desereret, nec justas excusationis causas afferret: nec tamen erat semper satisdatorium, pro interpretum opinione (2); quandoque enim purum erat, id est, sine satisdatione: denique vadimonium fiebat cum recuperatoribus suppositis aut cum jurejurando.

Purum erat vadimonium, quando vadendi, i. e., discedendi potestas data erat sine satisdatione, quod fortasse obtinebat in personis ex facultatibus suis et bona fide sua sufficientem cautionem præstantibus. Ex his sunt etiam, quas vadimonio invitas obligare propter honorem non possumus, præterquam si Prætor aditus permittit: illæ personæ sunt parentes et patroni, horumque liberi, quos etiam in jus vocare non licebat sine venia Prætoris (3). Qui jurejurando vadimonium confirmabat, vadimonii summam perdebat, si die statuto in jure non adesset (4). Si satisdatione confirmaretur vadimonium, dabantur vades

(1) Gaj. IV. §. 21. (2) Hein. Antiq. juris IV. VI. §. 20.

(3) Gaj. IV. §. 187 — Inst. IV. §. 3. h. t. Animadvertendum est contra eos, qui has personas in jus vocant, poenam aliam esse apud Gajum, aliam apud Justinianum: cum in hoc sit L solidorum, in illo autem X millium sestertium.

(4) Sueton. in Caligul. c. 39.

locupletes, contra quos, quemadmodum contra reum ipsum, agi posset ad præstandam vadimonii summam, quæ secundum litis quantitatem definita erat. Recuperatoribus suppositis autem si conceptum erat vadimonium, vades quidem, contra quos etiam ageretur, non dabantur; sed ut reus ipse, si vadimonium desereret, ad solvendum promptius cogeretur, statim supponebantur recuperatores, qui celerius rem dijudicarent: inde hæc verba Gaji: « *Quibusdam recuperatoribus suppositis, ut qui non steterit, is protinus a recuperatoribus in summam vadimonii condemnetur.* Gaj. IV. §. 185. Vocabulum *protinus* indicat per recuperatores judicatum promptius fuisse contra reum; quod necesse erat; cum satisdatores hic non dedisset. Cujuscumque generis autem esset vadimonium, secundum certam normam quantitas singulorum definita erat diligenter in edicto Prætoris: hanc sic proponit Gajus: *et siquidem judicati depensive agetur, tanti fiet vadimonium, quanti ea res erit: si vero ex ceteris causis, quanti actor juraverit non calumniæ causa postulare sibi vadimonium promitti; nec tamen pluribus, quam sestertium L (C) millibus fit vadimonium: itaque si centum millium res erit, nec judicati depensive agetur, non plus quam sestertium quinquaginta millium fit vadimonium.* IV. §. 186. Discriminis ratio inter depensi judicative et ceteras actiones in eo ponitur, quod in illis causa obligationis, unde vadimonium fiebat, ex judicis condemnatione omnino certa erat, in ceteris autem actionibus dubium

erat circa id, quod præstandum esset, et ita necessario confugiendum erat ad fidem actoris, ut vadimonii taxatio peteretur : actoris tamen æstimatio certis finibus circumscripta erat ; nam exceptis depensi et judicati actionibus, non licebat, pluribus quam sestertium quinquaginta millibus vadari, dico quinquaginta, quia, ut ipsi monent doctissimi editores, circa numerum C librarius errasse videtur : et ego quidem opinor loco C ponendum L. Quid enim magis absurdum quam consequentia, quæ ratione numeri C deducitur ? An ex eo, quod non licet plus centum millibus vadari, sequitur in causa centum millium nonnisi quinquaginta millia vadari posse ? Nonne contra sequitur, nobis vadimonium promittere licere usque ad centum millium, quamvis non ultra ? Error aliquis itaque vertitur circa numerum C aut circa vocabulum quinquaginta : cum vero librarius errare potuerit facile circa litteram C, difficilius autem circa vocem *quinquaginta*, singulis suis litteris constantem, admittendum est circa illum, neque vero circa hunc numerum errorem esse ; nam si contrarium defenderetur, nec jam sententia accommodata esset proposito Gaji ; cum hic indicare voluerit, quomodo fieri potuerit, ut vadimonii summa dimidia parte minor esset, quam quantitas, de qua agebatur, si v. g., hæc excederet summam sestertium L millium.

Quæ spectant ad vadimonium, in Institutionibus Justiniani omissa sunt ; subversa enim veteri ratione agendi in judiciis, hujus rei nomine nulla amplius interveniebat præstatio.

DE LEGITIMIS JUDICIIS, ET IIS, QUÆ IMPERIO
CONTINENTUR.

Hactenus inquisiimus in diversas rationes observandas tum circa formulæ conceptionem, tum circa cautiones, ut res in judicium rite inducatur: videamus nunc, quomodo, prouti hoc vel altero modo in judicium inducta fuerit res, plus vel minus temporis, majori seu minori vi et auctoritate consistat.

Quando per formulas disceptabant Romani, judicia aut legitimo jure aut imperio continebantur. Legitimo jure judicia erant ea, quæ omnimodo secundum strictas legibus præscriptas conditiones ordinata fuerant: imperio vero continebantur ea, quæ secundum has composita non erant, ideoque non valebant, nisi imperio Prætoris, qui ea observari præscribebat.

Ut legitimum fiat judicium, sequentes conditiones requiruntur: 1^o. oportet, ut judicium acceptum sit in urbe Roma, vel intra primum urbis Romæ miliarium: 2^o. ut inter cives romanos accipiatur: 3^o. ut sub uno judice datum sit. Simulatque ex his conditionibus una deest, judicium non amplius legitimum est, sed eget Prætoris imperio, ut consistat: inde imperio continentur judicia, quæ non sub uno judice, sed sub recuperatoribus accipiuntur: item ea, quæ sub uno judice quidem, sed non inter cives romanos, id est, si intervenit peregrini judicis vel litigatoris persona: item ea judicia,

quæ extra primum urbis Romæ milliarius accipiuntur, et tunc nihil refert, an inter cives romanos, an inter peregrinos in provinciis obtinuerint (1). Utriusque judiciorum generis diversi erant effectus. Judicia legitima, si in anno et sex mensibus judicata non fuerint, secundum legem Juliam judicariam, ipso jure expirant: celerius autem et non ipso jure perimuntur judicia, quæ imperio continentur; hæc enim, cum valeant nonnisi, quandiu, qui ea *præscripserit* (2), imperium habebit, post annum peragi non amplius possunt, ita tamen, ut exceptio rei in judicium deductæ necessaria sit: differentia itaque vertitur circa tempus et modum statutum ad actionis institutæ præscriptionem, quam gallice vocamus, *péremption d'instance* (3); cujus autem vis major erat apud Romanos, quam apud nos; cum illa jus ipsum actionis derelictæ extingueret; quin necesse esset, ut a judice id postularetur: qui extra tempus præscriptum, ab actione instituta desistebat, uti aperte et lubenter ei renunciare habebatur, et ejus denuo instituendæ jus perdebat. Alter effectus hic est, ut, si legitimo judicio res dijudicata sit, ipso jure actio extincta sit; in judiciis autem, quæ imperio continentur, necessaria sit exceptio rei judicatæ, ut de eadem re non amplius agi possit. Attamen hæc altera differentia locum non habet in omnibus causis; cum enim actum est in rem, vel in personam,

(1) Gaj. IV. §. 105-109.

(2) Gaj. IV. §. 104-105 ubi *præscripserit* legendum puto.

(3) Code de Procédure civile, art. 397, et sq.

formula in factum, ut de eadem re postea agi non possit, necessaria est exceptio rei judicatæ vel rei in judicium deductæ (1). Ita nonnisi in actionibus in personam, quæ juris civilis habent intentionem deprehenduntur duæ discriminis rationes judicii legitimi et ejus, quod imperio continetur. Non omnino quidem perspicuum est, undenam effectus judicii legitimi in actionibus in rem et in personam per formulam in factum expressis idem non sint, qui in actionibus in personam formula in jus concepta : hujus tamen diversitatis ratio deducenda videtur e §. 180 et 181 Gaj. III sic concepto :

« Tollitur adhuc obligatio litis contestatione, si modo legitimo judicio fuerit actum : nam tunc obligatio quidem principalis dissolvitur; incipit autem teneri reus litis contestatione : sed si condemnatus sit, sublata litis contestatione, incipit causa judicati teneri : et hoc est, quod apud veteres scriptum est : ante litem contestatam dare debitorem oportere; post litem contestatam condemnari oportere; post condemnationem judicatum facere oportere. Unde fit, ut si legitimo judicio debitum petiero, postea de eo ipso agere non possim, quia inutiliter intendo, dari mihi oportere; qui litis contestatione dari oportere desiit. Aliter atque si imperio continenti judicio egerim; tunc enim nihilominus obligatio durat et ideo ipso jure postea agere possum; sed debes per exceptionem rei judicatæ vel in judicium deductæ

(1) Gaj. IV. §. 107.

summoveri : quæ autem sint legitima judicia , et quæ imperio contineantur , sequenti commentario referemus. » Ex hisce saltem discimus , quare lis circa obligationem legitimo modo in iudicium deducta vel iudicata ipso jure expiret ; nam per litis contestationem , sicuti per novationem , ipso jure extincta fuerat obligatio : si itaque , lite contestata , intra tempus utile , actor a iudice condemnationem non quæsiisset , iudicio tunc præscripto , quomodo actio instituta fuisset nomine obligationis extinctæ , et quæ eo nullum amplius effectum habere potuit ? Item erat , si sententia iudicis novationem confirmante sublata fuerat obligatio : ratio , propter quam hi effectus proprii sint obligationibus , fortasse in eo est , quod hæc non est vis litis contestationis in actionibus in rem , etiam iudicio legitimo institutis , ut ea , sicuti per novationem , ipso jure tollat vinculum juris dominii , quod in re ipsa directe inhæret , aut in actionibus in personam , per formulam in factum conceptis , aboleat id , quod factum est. Justiniani tempore hoc discrimen sublatum est , et inde fit , ut hic titulus Gaji commentariorum servatus non sit in Institutionibus , in quibus , mutato iudiciorum ordine , sublata est exceptio rei in iudicium deductæ , et ubi circa exceptionem rei iudicatæ leguntur hæc verba : *« Item si in iudicio tecum actum fuerit , sive in rem , sive personam : nihilominus obligatio durat : et ideo ipso jure de eadem re postea adversus te agi potest , sed debes per exceptionem rei iudicatæ adjuvari. »*

§. 5. Inst. de except. Hic §. ita ad verbum excerptus est e §. 181 III supra laudato, in quo Gajus tantum de obligatione loquebatur, ut Justinianus abrogans differentiam inter actiones in rem et actiones in personam, exceptis iis formula in factum expressis, quando legitimo iudicio actum fuerat, conservaverit vocem *obligationis*, immemor in rei vindicatione eam non utique aptam esse.

Explicatis ita effectibus diversis iudicii legitimi et ejus, quod imperio continetur, eorum quærenda est ratio diversa, quæ, ni fallor, sicuti in actionibus legitimis et prætoriis, repetenda etiam est e diversa iudiciorum origine (1); nam puto iudiciorum legitimorum legibus constitutorum, majorem esse auctoritatem, quam eorum, quæ imperio continebantur, quia hæc non legibus, sed magistratibus condita fuerant: strictæ enim conditiones, quæ requirebantur, ut ad modum legitimum peragerentur iudicia, fortasse induxerant Prætores, ut introducerent et alterum iudiciorum genus, quod temporum ratio et rerum necessitas postulare videbantur: ita, cum olim peregrino in iudicio agere non liceret, Prætor, ei accommodata actione fictitia civitatis Romanæ, de qua locuti sumus, jam statuere debuit, ut iudicium inde acceptum, si legitimum non esset, imperio saltem contineretur: et hoc quidem necessarium erat simulatque Romanis cum peregrinis gentibus

(1) Sicuti actiones aut jure civili aut prætorio erant constitutæ; ita et iudiciorum forma aut juris civilis aut prætorii fuit; illa legitima erant iudicia; hæc imperio contineri dicebantur.

commercium erat. Sic inter ipsos cives Romanos legitimum non erat iudicium, quod extra primum urbis Romæ milliarius acceptum fuerat (1) : nam cum intra hunc terræ tractum olim restricta fuerat imperii Romani jurisdictio, (*la banlieue de Rome*) et postea etiam finibus civitatis extensis ibi jura sua persequi cogeantur cives, qui cæteris locis habitabant : hæc, quæ minus incommoda fortasse erant, cum urbe Roma fere universa civitas contineretur, non amplius conveniebant, simulatque cives Romani facti fuerant omnes Italiæ incolæ. Quam molestum enim fuisset, ad res quascumque etiam leviores iudicio peragendas, Romam venire ex longinquis Italiæ regionibus et ibi remanere, donec lis finita esset, nemo est qui non fateatur. Nihilominus servare voluerunt Romani ea, quæ a majoribus constituta fuerant; nec legitima erant iudicia, quæ extra Romam accepta fuerant, etiam in urbibus civitate donatis. Ut autem aliquid rerum necessitati remitteretur, populo probante, Prætor statuit iudicia extra primum urbis milliarius, quamvis non legitima, nihilominus valere et imperio suo se ea defendere velle : ita temporum rationi consulebat, quin superbos Romanorum animos offenderet; cum major et legitima sola adhuc esset rerum apud eos

(1) Nonne ex eo, quod legitima erant iudicia accepta et Romæ, et intra primum urbis Romæ milliarius, conicere fas est, non solum in foro Romæ, uti vulgo putant interpretes, sed et in aliis locis a litigantibus rite peracta per iudices fuisse contentiosa negotia?

judicatarum auctoritas, indeque in litibus gravioris momenti litigantes peterent Romam, tanquam totius orbis et civitatis caput, quo res accuratius et sapientius judicaretur. Simili ratione tuebatur judicia non solum in municipiis, sed etiam in provinciis (1) accepta, in his enim quidquid legibus præscriptum erat, vim immediate non habebat, sed valebat non nisi imperio et auctoritate magistratus, qui provinciæ administrandæ præpositus erat.

Ex eo etiam, quod judicia recuperatorum legitima non fuerunt, conjicere licet, ea non legibus, sed Prætoribus introducta esse, ut illi in rebus minoris momenti vel urgentis necessitatis statim deciderent controversiam; recuperatores enim non videntur adstricti fuisse ad omnes legitimi judicii formas observandas, neque videtur in his constituendis moram attulisse tempus statutum lege Pinaria ad judicem dandum; cum hi inter eos, qui primum e populo ad rem gerendam apti animadvertebantur, nominarentur (2): crescente fortasse commercio magistratus adductus fuerat ad ejusmodi judicium inveniendum, ut per

(1) Gaj. IV. §. 109. — FESTUS voce *Municipium*.

(2) *Ut in recuperatoriis judiciis... repente adprehensi sinceri judices fuimus.* PLIN. Ep. 3, 20. — *Recuperatores dare, ut quam primum res judicaretur.* CIC. pro Tullio. — *Fiunt vadimonia quibusdam recuperatoribus suppositis, id est, ut qui non steterit, is protinus a recuperatoribus in summam vadimonii condemnetur.* GAJ. IV. §. 185. Hæc accuratius notavi, quia falsa est circa recuperatores vulgaris opinio. — Vid. BACH, qui, in causis gravioribus, eos e Centumvirorum numero datos fuisse statuit. Jurisp. rom. hist. p. 108.

recuperatores celerius quam per judicem in certis causis lites dijudicarentur. In omnibus vero hisce casibus, cum talis non esset Prætoris potestas, ut eadem, quæ legitimorum esset vis judiciorum a se introductorum, necessariæ erant exceptiones, ut ea defenderet, imperioque contineri dicebantur hæc, opposita sic judiciis legitimis, quorum potestas a Magistratus imperio non pendeat, sed effectum ipso jure habebat.

Expositis ita singulis differentiae causis, quæ legitimum ab eo, quod imperio continebatur, judicium separabant, facile videre est his sublatis, quare Justinianus hunc titulum in INST. non servaverit; nam et Caracallæ constitutione et forma judiciorum totius reipublicæ a Constantino permutata, imperiique sede Constantinopolim translata, nec jam diversa erat peregrinorum et Romanorum conditio, nec ea, quæ Romæ judiciis agebantur, majori auctoritate valebant, quam ea, quæ in Italiæ municipiis aut in provinciis dijudicabantur. Ad hanc ultimam abrogationis partem composita videntur hæc Justiniani verba: *« quam formam non solum in hac regia urbe, sed etiam in omnibus nostris provinciis etsi propter imperitiam forte aliter celebratur, obtinere censemus: cum necesse sit omnes provincias, caput omnium nostrarum civitatum, id est, hanc regiam urbem, ejusque observantiam sequi. §. 7. I. de satisd. Hic §., quem ipse inseruit Justinianus, eo magis videtur respicere ad hunc titulum Gaji, quem expunxit, quod nulla singulari*

cohærentia conjungitur cum argumento satisdationum, et e contrario rei nostræ maxime accommodatus, nam uti titulus Gaji, ita hic Institutionum §., satisdationum titulum excipit.

§. XIII.

DE INTERDICTIS. (1)

Interdictorum doctrina, cum formularum jure Gaji tempore intime conjuncta, exhibet uberrimum comparationis argumentum cum Justiniani Institutionibus. Exceptis iis, quæ ad procedendi rationem pertinent et a Justiniano omissa sunt, titulus Institutionum, nostro respondens, plerumque ad verbum excerptus est e Gajo. Exponemus primum interdictorum finem, et a formulis actionum differentiam.

Interdicta sunt decreta, quæ Prætor, uno liti-

(1) In hac dissertationis parte magni præsidii mihi fuerunt ea, quæ vir doctissimus HAUBOLD, cum nonnisi portiuncula tituli genuini Gaji Institutionum de interdictis nota erat, circa hoc juris argumentum jam publicaverat, in opere germanice scripto, quod conferendum Gaji editores in notis criticis sic indicant: *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*. Tom. III, pag. 140-146. Ita confugere debui ad discipulum mihi amicissimum, ut ea gallice reddere vellet; eoque, quamvis minus accurate et viva voce facto, cum in interdicta tanta ingenii subtilitate Clr. HAUBOLD inquisiisse viderem, id non parum mihi molestiam afferebat, quod, propter linguæ germanicæ imperitiâ, in propriam utilitatem ipse melius convertere non possem hæc, et multa alia, quæ de jure scripta sunt a viris celeberrimis et doctissimis HUGO, SAVIGNY, GÖESCHEN, UNTERHOLZNER et aliis, quorum opera maxime laudantur.

gantium postulante, reddit, cum jubet aliquid fieri aut aliquid fieri prohibet. Interdicta dantur non solum de privatis, sed et de divinis et publicis rebus, veluti de locis sacris vel religiosis, de locis publicis, de viis et de fluminibus, quo casu definiunt ea, quæ instituta sunt ad firmandam civium securitatem et commoditatem, et maxime spectant ad hanc juris publici partem, quam hodie *la Police* vocamus: quandoque non adeo generalis est eorum utilitas, cum, v. g., dantur de re familiari, ad tuenda præcipue jura privatorum: quæ exinde redduntur interdicta, quamvis etiam circa alias causas, attamen principaliter circa possessionem vel quasi possessionem dantur, et ex hac ratione, pro ipsius Gaji instituto, a nobis hic tractanda sunt.

Cum inter duos de possessione erat controversia, Prætor, statim aditus, directe interveniebat, reddendo interdictum, quo litigantes interea separabat, cum sæpissime contingeret, ut inde et cædes fierent et vulnera infligerentur, et ad manus venirent, qui disputabant (1). Origo interdictorum oriri videtur ex jure vetustissimo; etenim cum patricii agros publicos tenerent, quin proprietatis titulo niterentur, unde legitimum dominium probarent, et in pari causa potior haberetur rei possessor, non parva erat patriciorum sollicitudo, si vi, clam aut precario possessione depellerentur: itaque in eorum utilitatem, quasi anxietatis remedia, interdicta pro-

(1) Theoph. p. h. t.

posita sunt, et per interpretationem mox eorum utilitas ad privatorum bona extensa est (1). In interdictis reddendis Prætoris cognitio longe dissimilis erat ab ea, quæ obtinebat, quando formula concipiebatur; cum hæc præscriberetur ab illo non nisi in causa ad judicem deferenda, et cui ipse finem non faciebat : in interdictis vero decreto Prætoris controversia plerumque finita esse debuit : raro enim temere litigabatur, propter pœnam gravem quintæ partis causæ, qua puniebatur actor, si calumniæ causa egisset. Ita aliam fuisse Prætoris jurisdictionem in interdictis quam in formulis concipiendis Gajus ipse indicare videtur hisce : « *Certis ex causis Prætor aut Proconsul principaliter auctoritatem suam finiendis controversiis proponit. Quod tum maxime facit, cum de possessione aut quasi possessione inter aliquos contenditur.* » §. 130. IV. Nonne Gajus hæc, ita dicta, opponere voluit Prætoris officio, cum hic formulam concipiebat? In interdictis non utique judicii formam ordinabat, sed principaliter decreto, sicuti judicis sententia, ipse controversiam finire videbatur; cum separaret litigantes his decretis : *vim fieri veto : exhibeas : restituas.* Inde alia erat Prætoris auctoritas in interdictis proponendis, quam in formulis concipiendis. Interdictum sicuti formula a Magistratu petebatur : si, querelam expositam ab actore, ut interdictum,

(1) Verissima videntur hæc, quæ nobis in scholis tradita, a celeb. SAVIGNY, ni fallor, primum exposita sunt in libro de possessione.

finiendæ controversiæ gratia , impetraret , Prætor
 admittebat , pro diversa causæ natura interdicti for-
 mulam , certis verbis conceptam , pronuntiabat. Si
 is, contra quem decretum hoc emissum fuerat , sta-
 tim obtemperaret et confiteretur , ut non raro eve-
 niebat , finita lis erat. Contra , si mandato resisteret ,
 vel negando factum ei tributum , vel exceptionem
 opponendo , qua illud jure factum esse defendebat ,
 Prætor aut arbitrum , aut judicem recuperatoresve
 dare solebat , quibus formula præscribebatur ; quo
 factum est , ut decretum Prætoris in formulam ex
 rei inficiatione converteretur , quæ secundum ipsa
 interdicti prius propositi verba omnino concipieba-
 tur , quaque declarabatur , quod actor ab adversario
 exigebat. Quod probat ipse Gajus : *Judex , apud
 quem de ea re agitur , illud scilicet requirit ,
 quod Prætor interdicto complexus est , id est ,
 uter eorum eum fundum easve ædes per id tem-
 pus , quo interdictum redderetur , nec vi , nec
 clam , nec precario possederit.* IV §. 166. Prætoris
 cognitione formulisque sublatis , Justiniani tempore
 interdictorum natura jam non amplius eadem erat :
 Magistratus enim decretum , certis verbis litiganti-
 bus præscriptum , antequam judicium inirent , nul-
 lius erat utilitatis : interdicta , sicuti cæteræ actiones ,
 jam erant nonnisi juris remedia , quibus ad judi-
 cium protinus suscipiendum , agentes uterentur. Inde
 Justinianus ea , quæ pertinebant ad formulæ con-
 ceptionem et ad agendi rationem omisit , et recte
 hanc causam significavit in fine h. t. , quod inter-

dictorum loco actiones extraordinariæ suo tempore exercerentur : « *de ordine et veteri exitu interdictorum supervacuum est hodie dicere ; nam quoties extra ordinem jus dicitur (qualia sunt hodie omnia judicia) non est necesse reddi interdictum ; sed perinde judicatur sine interdictis, ac si utilis actio ex causa interdicti reddita fuisset.* §. 8. Inst. h. t. Exposito hoc inter formularum et interdictorum conceptionem discrimine, explorataque diversa horum tum Gaji, tum Justiniani temporibus natura, transeamus ad ea, quæ juris sunt in iis.

Quæ circa possessionem redduntur interdicta confundenda non sunt cum actionibus in rem ; quamvis enim quædam alicujus utilitatis esse possint, ad rei vindicationem facilius instituendam, ab ea tamen maxime differunt : et quidem per rei vindicationem dominium persequimur ; per interdicta vero nudam possessionem, cujus causa omnino distincta est a proprietatis quæstione ; nam possessio per semetipsam consistit, quin cum proprietatis vinculo necessario conjuncta sit : ita ad interdictum impetrandum, possessio nobis acquisita sit, oportet, uti ad rem vindicandam jus domini nobis competere debet. Juris ipsius habitatione, effectum maxime habet divisio in interdicta adipiscendæ possessionis causa, vel retinendæ, vel recuperandæ (1). Quamvis per hæc tria interdictorum genera possessionem æque persequamur ;

(1) Gaj. IV. §. 143.

attamen natura interdictorum, adipiscendæ possessionis causa comparatorum, non parum dissimilis est a ratione interdictorum retinendæ vel recuperandæ possessionis. Primum illa non constituuntur, sicuti hæc, propter vim ab adversario illatam, vel propter ejus delictum quoddam, neque, sicuti hæc, dantur solummodo ei, cui possessio jam erat, sed conceduntur illi, qui antea non possidebat; quamvis tamen jus possidendi habuerit (1). Itaque interdicta adipiscendæ possessionis causa non tam vere quam interdicta retinendæ vel recuperandæ possessionis, *possessoria* dicuntur. Hisce monitis, veniamus nunc ad singulorum interdictorum explicationem.

1°. *Interdicta adipiscendæ possessionis causa.*

Hæc interdicta competunt iis, qui nunquam possederunt, quibus autem ex Prætoris Edicto jus possidendi competit. Hac de re §. 3. Inst. h. t. ad verbum e Gajo excerptus est, duobus casibus exceptis, in jure novo abolitis; sed ex quibus olim proponebatur interdictum *quorum bonorum*, cujus vis et potestas hæc erat, ut quod quisque possideret ex his bonis, quorum possessio alicui data erat, restitueret. Inde jure veteri dabatur: 1°. bonorum emptori. 2°. Ei, qui bona publica emerat. Justinianus silentio præteriit interdictum bonorum emptori propositum, quia solemnis bonorum emptio, quæ olim in usu erat, ut venderentur bona debitoris obærat, in desuetudinem abierat,

(1) Gaj. IV. §. 144.

nec amplius, judiciis extraordinariis factis, a Præ-
tore hujus rei nomine possessio petebatur sed,
officio Judicis continebatur, ut permitteret credi-
toribus communis debitoris bona possidere et dis-
ponere, prout sibi conducere putabant (1). Inter-
dictum quoque sectorium in desuetudinem abierat,
ideoque sublatum est a Justiniano. Sectores apud
Romanos erant homines, qui universa bona dam-
nati emebant, ut ea dein populo divenderent :
sectores confundendi non sunt cum obærat bono-
rum emptoribus, sicuti ab interpretibus hactenus
factum est (2). Etenim si harum personarum con-
ditio diversa non fuisset, singulis interdictum se-
paratum non accommodasset Prætor : dein Gajus
ipse earum conditionem ab emptoris jure distinguere
videtur, dicendo : sectores fuisse eos, qui *publica
bona emebant* (3). Si sectores bona privati, sicuti
bonorum emptores emissent, teste Asconio, pecu-
niam ex venditione collectam, non ærario, sed
creditoribus debitoris potius intulissent : sectores
fuerunt, ni fallor, quoddam collegium hominum,
qui Romæ ex emptione totius hæreditatis condem-
nati quæstum faciebant, singulas res dein populo
divendentes : cum hisce hominibus fisco res erat,
fortasse propter nimias ambages et difficultates,

(1) THEOPH. III. XIII, qui antiquam bonorum emptionis
formam optime explicat.

(2) HEIN. Antiq. juris, lib. II. XVII. §. 11.

(3) Gaj. IV §. 146.

quibus intricata fuisset rerum singularum venditio ; itaque ei commodius erat universam bonorum substantiam statim sectoribus vendere (1).

2°. *Interdicta retinendæ possessionis causa.*

Interdicta retinendæ possessionis causa competebant ei , qui Prætorem adibat , ut se defenderet contra alterius molestias , donec possessionis quæstio a iudice finem acciperet. Ex tribus causis maxime dabatur hoc interdictum : 1°. , quando aggressiones locum habuerant : 2°. , quando metuendæ erant : 3°. quando per possessionis controversiam incepta erat lis de rei proprietate. In ejusmodi causa quidem neque facta , neque metuenda erat aggressio ; sed plerumque ingens erat contentio de ipsa possessionis causa ; quia illud est possessionis commodum , quod , quamvis res non sit propria possessori , actore tamen non probante , rem possessam suam esse , possessor potior sit et in foro vincat ; nam , si jura utriusque litigantis sunt obscura , contra petitorem judicari solet.

Nunc , pro ratione instituti nostri , breviter exponendæ sunt discriminis rationes in jure veteri et in jure novo circa regulam , quam Prætor in interdicto reddendo sequebatur. In jure novo vis et potestas interdictorum *uti possidetis* et *utrubi* æquata est , ita ut , si de re mobili agatur , non amplius , ut tempore Gaji , adversario potior sit ille ,

(1) Hæc omnia confirmantur Cic. pro Rosc. Amer. c. 36. — ASCONIO in Verrem. I. c. 20 et 23. — FESTUS , voce *Sectores*.

qui majore parte anni, nec vi, nec clam, nec precario possedit, quando petitur interdictum; nec jam respiciatur ad tempus decreti redditi, sed ad tempus litis contestatae, quia jam interdicta, sicuti ceterae actiones, per litis contestationem statim exercebantur (1). Prætor olim adeo facilis erat, si ex interdicto utrubi rerum mobilium possessionem concederet, ut permetteret accessionem possessionis alterius personæ fieri ad computationem majoris partis anni, retrorsum numerati: inde hæc verba Gaji: « *Sed in utrubi interdicto non solum sua cuique possessio prodest, sed etiam alterius, quam justum est ei accedere: velut ejus, cui hæres extiterit; ejusque, a quo emerit, aut donatione acceperit. Itaque si nostræ possessioni juncta alterius justa possessio exsuperat, adversarii possessionem, nos eo interdicto vincimus. Nullam autem propriam possessionem habenti accessio temporis non datur, nec dari potest: nam ei, quod nullum est, nihil accedere potest. Sed etsi vitiosam habeat possessionem, id est, aut vi, aut clam, aut precario ab adversario adquisitam, non datur: nam ei possessio sua nihil prodest.* » Gaji. IV. §. 151. Quoad conditiones, requisitas circa acquirendam et retinendam possessionem, Gajum ad verbum excerpsit Justinianus, qui dissolvit etiam controversiam Jurisconsultorum de retinenda possessione, quam Gajus

(1) Inst. §. 4, h. t. — Gaj. IV. §. 150.

sic exponit in §. 153. IV., corruptissimo quidem.
*« Etenim vulgo dicitur retineri possessionem
 posse per quemlibet, qui nostro nomine sit in
 possessione : quinetiam plerique putant, animo
 quoque retineri possessionem nostrorum
 animo solo quamvis retinere videamus. »*

Imperator in §. 5. Inst. h. t. inde deprompto,
 decidens hanc controversiam, qua quærebatur : an
 animo solo, retineretur possessio, quando neque
 ipse, neque alius quisquam nomine ejus in posses-
 sione esset, confirmavit opinionem, quam plerique
 jurisconsulti sequebantur, et statuit illum etiam re-
 tinere possessionem, si non derelinquendæ posses-
 sionis animo, sed postea reversurus inde recesserit.

3°. *Interdicta recuperandæ possessionis causa.*

Hæc interdicta data ei, qui vi dejectus erat,
 longe differunt quoad jus ab eis, quæ in Institu-
 tionibus Justinianeis descripta sunt, nam Constitu-
 tiones sacræ, de quibus ibi sermo est, jus vetus
 abrogaverant.

In jure veteri, qui vi, vel clam, vel precario
 possidebat ab adversario, impune dejici potuit,
 indeque non obtinebat interdictum, quo dejiciens
 ei possessionem restituere cogeretur : aliud autem,
 si vi, clam vel precario possidens ab adversario,
 non vi quotidiana, sed vi armata dejiceretur :
 tunc enim poenæ causa possessor, qui vi armata
 dejecerat, anteriori possessori possessionem resti-
 tuere cogeatur : quod Gajus ita explicare videtur :
« per interdictum, unde tu illum vi dejecisti,

is, qui deiecit, cogitur ei restituere rei possessionem; si modo is, qui dejectus est, nec vi, nec clam, nec precario possederit ab adversario? quod si autem vi, aut clam aut precario possederit, non cogitur ei restituere possessionem? Interdum tamen evenit, ut et ei qui? vi, clam aut precario possideret, cogeret restituere possessionem: velut si armis eum vi dejecerim, nam Prætor... Gaj. IV. §. 154. 158. Justinianus autem vim privatam a vi armata non separavit, interdictumque sine exceptione dedit vi dejecto, quando etiam hic vi, vel clam, vel precario possidebat ab adversario. Qui alterum quacumque vi dejiciebat, in jure novo non solum possessionis causam perdebat; sed, si dominus esset, suæ rei dominio privabatur: si dominus non esset, rem restituere rei-que æstimationem præstare debebat. Exinde patet Imperatores veteris Reipublicæ frequentes turbas merito metuentes, quamcumque vim sive armatam, sive quotidianam gravius coercuisse. Gajus tacuit de lege Julia, vim castigante, de qua in Institutionibus sermo est, quia, secundum propositum suum, non persecutus est ea, quæ crimina spectabant; sed tantummodo ea, quæ civiliter jure privato obtinebant (1). Præter interdictum de vi, dabatur quoque interdictum de precaria possessione, quod maxime proponebatur contra eum, qui res per fiduciam ei mancipatas, non restituebat adver-

(1) Inst. §. 6. h. t. *Pauli Recipientes sent. V. VI.*

sus fidem contractus : de clandestina possessione vero interdictum non dabatur, cujus rei causa hæc erat; quod, si quis alterius fundum clam possederat, naturali rationi consentaneum erat, ut hanc ab eo repeteret verus rei possessor : si ille restituere negaret, vi dejectus censebatur alter, cum impeditus, quominus possessionem suam recuperaret, cedere videretur, non nisi violentiæ opinione comperta, indeque locus esset interdicto quotidiano, quod dabatur etiam ei, qui sine armatis vel coactis hominibus dejectus fuerat, et simpliciter minis et metu violentiæ prohibitus erat, quominus in possessionem suam intraret (1). Inde supervacuum erat interdictum de clandestina possessione; cum interdicto de vi teneretur clandestinus possessor.

Jam his dictis de jure interdictorum tum Gaji, tum Justiniani tempore, videamus rationem procedendi in iis usurpatam; nam inde præcipue summi est momenti codex noster. Ut circa hanc rem disquisitiones apto ordine instituantur, hæ in quatuor partes separandæ sunt, quarum singulæ diversas offerant notitias hactenus desideratas : et ita dispiciamus :

1°. De differentia prohibitoriorum interdictorum nec non aliorum circa normam procedendi.

2°. De usu sponsionum in interdictis.

3°. De concursu judicum cum Prætores in interdictorum causis.

(1) PAULI Receptæ sent. V. VI. §. 4 et 6. (1)

4°. De fructus licitatione, qua in interdictis duplicibus possessionem impetrabat is ex litigantibus, qui plus offerebat.

1°. *De differentia interdictorum prohibitoriorum et aliorum circa normam procedendi.*

Quoad procedendi rationem divisio interdictorum in prohibitoria, restitutoria et exhibitoria maximam habet vim atque potestatem : inde Gajus de exitu et ordine eorum disserens, interdictum prohibitorium ab aliis accurate separat (1). Justinianus hanc differentiam omisit, quia hæc nullum effectum ejus tempore habere debuit : interdicta prohibitoria a ceteris differebant primo circa formulæ conceptionem; in his enim semper observabatur stricta verborum in edicto propositorum conceptio, quæ generalis et omnibus casibus accommodata erat : contra in interdictis restitutoriis et exhibitoriis formulæ conceptio specialis erat; nam, cum in multis causis diversissimi generis darentur, formula singularis ad singulas causas componenda erat : major itaque difficultas in formula interdicti restitutorii et exhibitorii concipienda, quam in formula interdicti prohibitorii, quæ generalis et eadem semper erat : deinde ipsius controversiæ natura diversa erat in interdictis prohibitoriis atque in interdictis restitutoriis exhibitoriisque : in illis quæritur, an aliquid contra Prætoris edictum factum sit? In aliis vero an factum non sit,

(1) Gaj. IV. §. 162.

quod Prætor fieri jussit? Ita etiam, cum in interdictis prohibitoriis revera interdicere; in aliis vero magis præcipere intelligeretur Prætor, prohibitoria interdictorum, restitutoria exhibitoriaque decretorum nomine, strictiore sensu, olim accipiebantur (1). Interdictorum prohibitoriorum controversiæ causa gravior semper erat, indeque poenæ gratia in iis necessariæ sponsiones; non item de interdictis restitutoriis et exhibitoriis; in hisce enim nonnisi voluntariæ erant sponsiones. Sponsio, quæ illis accedebat, iudicium certum faciebat et condemnationis loco ponebatur, sicuti poena, quam perderet is, qui victus erat; indeque in interdictis prohibitoriis de veritate facti tantummodo inquirebat iudex; quæ enim ex iudicio præstari debebant, sponsione certa erant: in interdictis autem restitutoriis et exhibitoriis iudicis officium difficilius erat, si per sponsionem non agebatur, sed per formulam arbitriariam, ut fieri solebat; nam in quæstione, an factum non sit, quod Prætor fieri jussit, plures aliæ quæstiones continebantur: ita inquirendum erat prius, an reus adhuc possideret vel an restituisset rem, cuius possessionem exhiberi oporteret, et si restituta non esset, quantum huius rei nomine præstandum esset. Ita, quum per arbitrum actum fuerat; si vero per iudicem, hic non quantum præstandum esset, dijudicabat; sed solummodo, an rei possessio restituta esset necne?

(1) Gaj. IV. §. 140. §. 141.

2^o. *De usu sponsionum in interdictis.*

Si inquiramus in causas, unde fieri potuerit, ut sponsiones interdictis prohibitoriis necessario inhærent; in aliis autem voluntariæ essent, quæstio ex diversa actionum natura solvi debet. Et quidem in interdictis prohibitoriis semper sponsione actum fuisse puto, quia in iis necessario prius definendum erat, quanta futura esset condemnatio, ut non nisi facti veritas inquirenda esset, nam, uti mox exposuimus, formulæ conceptio eorum adeo generalis erat, ut per eam nullo modo litis circumstantias edoctus, iudex litis æstimationem rite dijudicare non potuisset, indeque necessario statuenda a litigantibus certæ pecuniæ condemnatio sponsione, quæ esset loco formulæ præfinitæ et concinnæ, eoque corrigeret, quod minus certum erat in eorum formula generali. In interdictis autem restitutoriis et exhibitoriis, sponsione minus opus erat; nam formula singulis casibus propositis erat accommodata, et qui ex iis sæpius dabatur arbiter, accurata formulæ conceptione edoctus, facilius condemnationis summam æstimabat: in his interdictis per sponsionem agebatur non nisi in casibus, in quibus, re nimis intricata, iudicium certum facere litigantium intererat, alioquin per formulam arbitrariam sine sponsione semper agebatur. Ceterum quoties ex interdictis sive prohibitoriis, sive restitutoriis, sive exhibitoriis, per sponsionem agebatur, quæstio dijudicanda in aliam transferebatur, scilicet in hanc: quis sponsionis summam solvere deberet? Inde hæc

leguntur apud CICERONEM : *Prætor interdixit, ut unde deiecisset, possessionem restitueret : restituisse se dixit; sponsio facta est : hac de sponsione vobis judicandum est.* Pro Cæcinna c. 8. Et alia erat fortasse causa, propter quam per sponsionem poenalem semper agendum esset in interdictis prohibitoriis; in restitutoriis et exhibitoriis utique non; hæc, ni fallor, in eo est, quod gravius delinquere videatur is, qui facit aliquid contra Prætoris edictum, quam is qui simpliciter omittit seu negligit facere ea, quæ edicto jubentur (1).

Hoc loco etiam monendum est sponsionibus accessisse videri speciale iudicium, quo is, qui victus fuerat sponsione, possessionem, si apud eum esset, restituere cogeretur. Ejusmodi iudicium necessarium erat; nam, qui sponsione victus erat, tantum condemnabatur ad solvendam certam pecuniæ summam, qua quidem condemnatione contineri videbatur, ut res restitueretur; cum autem possessionis restitutio directis et expressis verbis a iudice non præscriberetur, ne fortasse damnatus, ad adversarium fraudandum, sponsionis summam solvendo, possessionis restitutionem inficiaretur, adversarii, antequam litigarent, alio iudicio sese obligabant : id sequitur ex §. 165 Gaj. IV, quem ita restituerem : « *Itaque si arbitrum non petierit, sed tacitus de jure exierit, cum periculo res ad exitum perducitur : nam actor provocat adversarium ad*

(1) Gaj. IV. §. 141.

sponsionem faciendam, quam perdat, si neque *exhibuerit*, neque *restituerit*, et ipse eandem sponsionis summam a parte *adversarii restipulatur*. Deinde actor, qui sponsionis summa adversarium obligavit, ipse *adversario* tenetur summa *restipulationis* : sed actor sponsionis summam non solum stipulatur, intervenit et *aliud judicium de re restituenda vel exhibenda* : ut si sponsione victus fuerit adversarius, *res exhibeatur aut restituatur*. Verisimile est judicium, de quo in hisce sermo est, fuisse judicium secutorium, de quo Gajus infra locutus est : « *Hoc judicium secutorium vocatur, quod sequitur sponsionis victoriam. Quod si secundum me judicatum sit, adversarium quidem et sponsionis et restipulationis summas, quas cum eo feci, condemnat, et hoc amplius, si apud adversarium meum possessio est, nisi restituat mihi possessionem, secutorio judicio condemnatur.* Gaj. IV. §. 169 f. et §. 166. Hoc judicium, hactenus plane ignoratum, melius explicat exitum actionis de rei possessione institutæ : mirum enim erat, ut damnatus ad sponsionem solvendam, per fictionem cogi videretur ad restitutionem possessionis, de qua in condemnatione nihil statutum fuerat : nunc hoc judicium, quod sponsionibus accedebat, rationem agendi per sponsionem illustrat et omnes ejus difficultates enodat.

3°. *De concursu judicum cum Prætoris in interdictionum causis.*

Nec jam dubitari potest iudices datos fuisse in

interdictorum causis, quando circa nudum possessionis jus controversia movebatur. Plures quidem interpretes jam id defenderant, sed SIGONIUS, CUIACIUS et VINNIUS hanc opinionem reprobaverant. Ita vero rem probat Gajus : « *Nec tamen, cum*
 « *quid jussit fieri, aut fieri prohibuerit, statim*
 « *peractum est negotium, sed ad judicem recu-*
 « *peratoresve itur, et ibi, editis formulis, quæ-*
 « *ritur, an aliquid adversus Prætoris edictum*
 « *factum sit, vel an factum non sit, quod is fieri*
 « *jusserit. Et modo cum pœna agitur, modo sine*
 « *pœna : cum pœna, velut cum per sponsionem*
 « *agitur ; sine pœna, velut cum arbiter petitur.*
 « *Et quidem ex prohibitoriis interdictis semper*
 « *per sponsionem agi solet ; ex restitutoriis vero*
 « *vel exhibitoriis modo per sponsionem, modo*
 « *per formulam agitur, quæ arbitraria vocatur. »*

IV. §. 141. Ex hoc §°. maxime conjicere possumus differentiam inter judicem, arbitrum et recuperatores : judex dabatur, quando per sponsionem agebatur, et quoties certæ pecuniæ erat condemnatio ; recuperatores vero frequentius postulabantur in causis interdictorum ; quia, uti jam vidimus, per eos judicii exitus promptior erat : neque solummodo de facti veritate, sed de eo, quod præstandum erat, judicabant recuperatores, uti probat hæc pars fragmenti Cic. pro Tullio : « *Judicium vestrum est, recuperatores, quantæ pecuniæ paret dolo malo familiæ Fabii vi hominibus armatis coactis vi damnum factum esse M. Tullio : ejus*

*rei taxationem nos fecimus ; æstimatio vestra est ;
 judicium datum est in quadruplum (1). Contra
 lento gradu procedebat res ad arbitrum delata,
 antequam enim condemnationem pronuntiaret, hic
 jubebat rem exhiberi vel restitui : si mandato arbitri
 obtemperaret reus, non condemnabatur. Circa cau-
 sam interdictorum ab arbitro dijudicandorum, Gajus
 nos edocet, reo delatū esse jusjurandum, ut per
 perjurii timorem ejus calumnia reprimeretur : si
 jurare recusaret, confessus videbatur suam causam
 improbam esse, et cogebatur rem restituere vel ex-
 hibere : hæc spectare videtur §. 163. Gaj. IV, quem
 corruptum ita restituendum existimem : “ *Namque
 si arbitrum postulaverit is, cum quo agitur, ac-
 cipit formulam, quæ appellatur arbitraria, ex
 qua si intercessione et jussu arbitri rem actori res-
 tituat vel exhibeat, arbiter reum absolvit : quod
 si nec restituat, nec exhibeat, quanti ea res est
 condemnat. Sed actor cum sine pœna experitur
 cum eo, qui neque exhibere, neque restituere vult,
 quia cum periculo nullum judicium ei oppositum
 fuit, permittit Prætor jusjurandum exigere non
 calumniæ causa inficias ire, ut si jurare recuset,
 quasi hoc ipso confessus videatur restituere se
 vel exhibere debere. Sed alio jure utimur et**

(1) Ex hoc loco nuper cognito, qui legitur in editione Schutzii tom. XVI. p. 2. discimus, uti in bonæ fidei, sic in interdicto hoc de vi armata, condemnationis fines per taxationem ab actore factam restrictos fuisse.

recte (1). Ex hoc §º. conjicere permissum est licuisse reo eligere quamcumque voluerit agendi formam, sive per judicem, sive per recuperatores, sive per arbitrum; nam postulando hanc vel illam formulam, judicii naturam simul determinabat: et ita quidem merito melior erat conditio rei quam actoris; hic enim quæri non potuit circa modum litigandi a reo petatum, cum actori liberum esset agere nec-ne, neque temere interdicto alterum vexare deberet. Notandum tamen, reo arbitrum non postulante, etiam in interdictis exhibitoriis et restitutoriis, per sponsionem actum, indeque judicem datum fuisse; nam actor, adversario tacente, eoque juri suo renuntiante, non omittebat occasionem opportunam per sponsionem agendi; cum, si causa ejus bona esset, facilius haberet judicium quam arbitrium (2). Hæc sequentibus probantur: *observare debet is, qui volet arbitrum petere, ut ita eum petat, antequam ex jure exeat, i. e., antequam a Præatore discedat: sero enim petentibus non indulgebatur. Itaque si arbitrum non petierit, sed tacitus de jure exierit, cum periculo res ad exitum perducitur; nam actor provocat adversarium ad sponsionem faciendam. Gaj. IV. §. 164.*

(1) Vid. Gaj. IV. §. 172 — Gajus quidem in fine dicere videtur hoc jusjurandum calumniæ causa, suo tempore in desuetudinem abiisse, quod fortasse factum est, moribus corruptis, quando jam religionis potestate hominum nequitia non satis refrenabatur.

(2) SENECA. De benef. I. c. 7.

4°. *De fructus licitatione, qua in interdictis duplicibus, possessionem impetrabat is ex litigantibus, qui plus offerebat.*

Divisio interdictorum in simplicia et duplicia effectum quoque in jure habebat; in interdictis simplicibus enim, si per sponsionem ageretur, non nisi una poena erat; in duplicibus vero, præter sponsionis poenam, et alia erat, nimirum fructus licitationis poena, propria quidem interdictis, *uti possidetis* et *utrubi* quæ duplicia erant. Hanc simplicium et duplicium interdictorum differentiam supponit §. 161 IV, quo singulorum rationem diversam separat Gajus (1). Fructus licitatio, hactenus incognita, erat stipulatio quædam, qua duo litigantes circa possessionem fundi, vel ædium vel rerum mobilium, inter se contendebant, ut eorum quis nancisceretur facultatem fruendi, eoque interim possidendi, offerendo majorem pecuniæ summam, quam perderet, si sponsione victus esset (2). Nihil naturalius erat, quam hæc ratio constituendi possessorem in interdictis *uti possidetis* et *utrubi*: Prætor enim intercedens inter duas personas, quarum singulæ invicem dicebant sese neque vi, neque clam, neque precario possidere, et ita ignorans uter juste possideret, necessario sibi proponere debuit regulam, ex qua alterum altero potiolem haberet: cum vero in

(1) *Expositis generibus interdictorum, sequitur ut de ordine et de exitu eorum dispiciamus, et incipiamus a simplicibus*: de duplicibus infra dispicit in §. 166.

(2) FESTUS voce *licitatio*. — Gaj. §. 167.

ejusmodi controversia, pro natura officii sui Magistratus, neque de æquitate causæ hujus vel illius, neque de veritate facti cognosceret, in dubio præferebat eum, qui fructum licitando, majus subibat periculum; quod mirum non est, cum nemo censeatur, nisi causam suam justam existimaverit, magnam pecuniæ summam exponere, utique cum periculo eam amittendi, si victus sit. Præterea nihil erat iniquum in fructus licitatione; hæc enim erat modus agendi minime periculosus justo rei possessori; quo magis enim quis se verum rei possessorem habebat, eo plus offerre poterat fructus licitando, ut possessionem conservaret; cum injustus possessor, propter periculum certum fructus licitationis summam perdendi, si vinceretur sponsione, vix ausus fuisset nimiam pecuniæ summam offerre: dien si justi possessoris parvi interesset possessionem retinere, fructus quidem licitabat, ita tamen ut adversarius plus offerendo sibi faceret occasionem fructus licitationis summam lucri faciendi.

Jam autem probandum est, fructus licitationem semper causam fuisse, qua aliquis possessionem retineret, non dico, acquireret, quia *in interdictis retinendæ possessionis causa*, lite pendente, uterque possidere videtur, quamvis nonnisi unus sit, qui revera possideat. Illud manifestum facere mihi videtur id, quod fructus licitatio, præsupponens certamen quoddam inter duas personas, in incertum contentionis eventum pugnantes, neque ullam rationem, neque ullam utilitatem habeat hoc; si inde,

ad rem interim possidendam, potior non fuisset is, qui fructus licitatione vicerat. Deinde apud Gajum, accurate separantem effectus diversos sententiæ judicis, prouti condemnatus, fructus licitatione vicerat necne, videmus nonnisi eum, qui fructus licitatione vicerat, de possessione restituenda teneri, alterum vero nusquam possessionem restituere, sed simpliciter sponsionis summam solvere, quod probat penes fructus licitatione victum nunquam possessionem fuisse (1). Quid autem dicam? nonne fructus licitationis victoriam esse causam veram et necessariam possessionis retinendæ, Gajus expressis verbis significavit in hisce? « : *et hoc amplius, si apud adversarium meum possessio est, quia is fructus licitatione vicit, nisi restituat mihi possessionem, Cascelliano sive secutorio judicio condemnatur.* IV. §. 166. Ita jam certum est non utique eum possessorem constitutum fuisse, qui rem detinebat, cum interdictum erat, neque in interdictis *uti possidetis*; seu *utrubi*, si possessio ad alterum translata fuerit, hoc factum fuisse, quia naturalis rei possessor non satisdabat, sed, quia alter licitando nomine fructuum plus obtulerat; nam fructus licitatio distincta est a satisdatione; cum hæc sit mera cautio, altera vero poenalis stipulatio; imo præter fructus licitationem, satisdatum etiam fuisse videtur ab eo, qui licitando fructus et rei possessionem obtinuerat. « *Admonendi tamen sumus liberum esse ei, qui*

(1) Gaj. IV. §. 166. 167.

*fructus licitatione victus erit, omissa fructuaria stipulatione, sicut Cascelliano, sive secutorio judicio.... perinde.... fructus licitatione.... in quam rem proprium judicium comparatum est, quod appellatur fructuarium, quo nomine actoris satis accipiatur: dicitur autem et hoc judicium secutorium, quod sequitur sponsionis victoriam; sed non æque Cascellianum vocatur (1). Gaj. IV. §. 169-170. Hoc itaque §º. admonemur fructus licitationem cum satisdatione confundendam non esse; Gajus enim dicit eum, qui jam pugnavit fructus licitatione, stipulationem fructuariam dein omittere posse; atqui, si fructuaria stipulatio fuisset fructus licitatio, fructus licitatione utique facta, hæc non amplius omitti potuisset: ita satisdabatur ab eo, qui possessionem licitando vicerat, quia, si causam perderet, præter sponsionis et fructus licitationis summam, dare etiam debebat fructus interea perceptos: et ita ex jactura fructus licitationis summæ, quam fructuum pretio plerumque æqualem fuisse verisimile est, et ex horum ipsorum fructuum restitutione, rei alienæ possessor devictus, per fructus licitationem, uti olim per XII Tabulas (2), duplos fructus propter falsam suam vindiciam præstabat. Hæc omnia non parum illustrat ipse Gajus. « *Ergo is, qui fructus licitatione vicit, si non probat,**

(1) Quæ circa secutorium vel Cascellianum judicium in Gaji codice supersunt, adeo sunt incerta, ut singulorum neque naturam, neque maxime discrimen concipere potuerim.

(2) FESTUS voce *vindicicæ*.

*ad se pertinere possessionem, sponsionis et res-
tipulationis et fructus licitationis summam pœnæ
nomine solvere, et præterea possessionem restituere
jubetur: et hoc amplius fructus (1) quos, interea
percepit, reddit. Summa enim fructus licitationis
non pretium est fructuum, sed pœnæ nomine sol-
vitur, quod quis alienam possessionem per hoc
tempus retinere et facultatem fruendi nancisci
conatus est. §. 167. IV.*

Denique afferenda est causa, ob quam Gajus fruc-
tus licitationem interdicto, *uti possidetis et utrubi*,
propriam præsupponat (2). Hæc repetenda mihi
videtur ex eo, quod interdicta *uti possidetis*, et
utrubi sunt duplicia: in interdictis simplicibus enim,
ubi persona rei a persona actoris plane distincta erat,
dubium non erat circa eum, quem ex edicto Prætoris
possessionem exhibere vel restituere oportebat:
contra in interdictis duplicibus, cum incertus esset
is, qui vi vel clam, vel precario possideret, et
singuli se juste possidere defenderent, Prætor igno-

(1) Supervacuum præmonere existimavi in fructus licita-
tione, facta ob possessionem et usumfructum fundi vel ædium
vel aliarum rerum, *fructus* appellari, non solum fructus
naturales fundo productos; sed et omne id quod interest, et
usuras ex ædium usu debitas, quæ etiam sub fructuum
nomine veniunt in l. 88. D. XXV. 2. et in l. 62. D. VI. 1.

(2) Quamvis, in interdicto *utrubi*, fructus licitationem in-
tervenisse non dicatur in Gaji codice, qui hoc loco corruptissi-
mus est, nihilominus non mihi occurrit idonea ratio, cur inde
separem causam duorum interdictorum, jure conjunctissimam,
et quorum singula duplicia sunt.

rabat quem possessorem constituere deberet : voluit itaque in hoc casu singulis fructus licitando pari modo possibile fieri possessionem retinere, donec res a iudice omnino dijudicaretur; calumniam vero litigantium coërcere statuendo fructus licitationis summam poenæ causa amittendam ab eo, qui temere alterius possessionem nancisci ausus fuisset; ita fructus licitationem nonnisi interdictis duplicibus rite accommodari potuisse, indicare videtur Gajus : « *duplicia sunt velut UTI POSSIDETIS interdictum et UTRUBI : ideo autem duplicia vocantur, quia par utriusque litigatoris in his conditio est, nec quisquam præcipue reus vel actor intelligitur, sed unusquisque tam rei quam actoris partes sustinet : quippe Prætor pari sermone cum utroque loquitur, nam summa conceptio eorum interdictorum hæc est : uti nunc POSSIDETIS, QUOMINUS ITA POSSEDEATIS, VIM FIERI VETO : item alterius ! UTRUBI HIC HOMO, DE QUO AGITUR, APUD QUEM MAJORE PARTE HUIUS ANNI FUIT, QUOMINUS IS EUM DUCAT, VIM FIERI VETO. IV. 160. Denique non possum non adjicere §^{um}. illi respondentem, quo THEOPHILUS in sua paraphrasi huius formulæ conceptionem commentatus est : « *Itaque et Prætor in interdicendo media quadam enuntiatione usus est, neque hunc, neque illum ex verbis suis actorem faciens. Nam in interdicto, UTI POSSIDETIS, in hæc verba loquitur : UTI POSSIDETIS, QUOMINUS POSSEDEATIS VIM FIERI VETO, nec dixit, UTI POSSIDES : ne ad unum sermonem suum dirigere videretur. In interdicto**

quoque UTRUBI, *his verbis usus est*, UTRUBI VESTRUM SERVUS ILLE, DE QUO AGITUR, MAJORE PARTE HUIUS ANNI FUERIT, QUOMINUS IS EUM DUCAT, VIM FIERI VETO. *Vide quomodo et hic dixerit* UTRUBI, *id est, apud utrum, neque dixerit apud te.* §. 7. fine h. t.

CAPUT TERTIUM.

PRÆCIPUA COMPARATIONIS MOMENTA GAJI CUM JUSTINIANI INSTITUTIONIBUS CIRCA ACTIONES.

Fons summus omnium discriminum, quæ inter Gaji et Justiniani Institutiones deprehenduntur in libro de actionibus, repetendus est a significatione diversa, quam singuli adscripserunt vocabulo *actionis* : Gajus illud accepit, quasi formulam, secundum quam persequimur jura, quæ in rebus et ex obligationibus nobis competunt : Justinianus vero strictius illud definiit; *actio est jus persequendi in judicio, quod sibi debetur* (1). Inde patet Imperatorem in actionibus potius jus, quo actio innititur, quam agendi formam respexisse, quod idem non est sui natura. Alia itaque est ratio de illis tractandi apud Justinianum, alia apud Gajum : ille omittit quidquid pertinet ad procedendi normam, suo tempore simplicissimam et omnia, quæ spectant conceptionem formularum a Constantino jam sublatarum; Gajus vero, de actionibus scribens, cum jus vetus vigeret et formulæ exercerentur, non inquit in jus actionum, nisi quatenus ex ejus diversitate aliquid diversum circa formulæ conceptionem aut agendi rationem, accedit. Quapropter apud eum sub formularum nomine universa actionum doctrina venit, ita quidem ut formula, qua

(1) Inst. de act. princ.

actio proponebatur et edebatur, cum ipso jure persequendi ab illa expresso, confundi videatur, quamvis res sint diversæ, et ipse Gajus quandoque eas separet; formula enim nil aliud est nisi verborum figura; actio vero obligatio, sive jus persequendi, quod et competit ei, qui eo non utitur, cum formula nunquam concipiatur, nisi actione intentata, judicii componendi gratia (1). Videamus nunc, quæ sint maxime hujus diversæ de actionibus tractandi rationis consequentiæ.

1^o. Animadvertendum est, Justinianum conjunctas voluisse obligationes cum actionum doctrina; Gajum vero has ab obligationibus separasse, solisque actionibus librum quartum adscripsisse; quod sic probat vir celeberrimus GOESCHEN jurisconsultus Berolinensis in præfatione ad Gajum pag. 39 :
 “ hactenus igitur eadem in Gaji Institutionibus
 “ apparet librorum dispositio, quam in Justi-
 “ nianeis Institutionibus deprehendimus : at ex-
 “ tremum tertii commentarii caput non, ut in
 “ Justinianeis Institutionibus, est caput de modis
 “ tollendæ obligationis, sed caput de injuriis;
 “ ita ut tota illa disputatio de obligationibus ex
 “ delicto, quam Justinianearum Institutionum
 “ concinnatores in quarti libri principio posue-
 “ runt, apud Gajum nostrum ad tertii com-
 “ mentarii tenorem accedat : idque probatur
 “ pagina 187, ubi post absolutum articulum de
 “ injuriis hæc adjecit librarius : libri III explic.

(1) L. 38. D. 44. 7.

« (*conf. supra pag. XXIV.*) Quodsi tertium
 « *librum claudit pagina 187, cum vacua sit*
 « *pagina 188, a pagina 189 quartus commen-*
 « *tarius incipiat, necesse est : in quo de illo*
 « *jure agitur, quod ad actiones pertinet; quem-*
 « *que pag. 176. lib. 1. Sequentis vocabulo Gajus*
 « *demonstrat.* » Profecto Justinianus, qui a Gaji
 Institutionibus in singulis titulis vix recedit; et
 nunquam nisi ob certas causas, librorum disposi-
 tionem ita non turbasset, si ei non fuisset quædam
 ratio invertendi ordinem libri quarti de actionibus.
 Si conjicere licet, hæc ratio repetenda est ex di-
 versa actionis definitione apud utrumque: et revera
 cum Justinianus in actionibus nonnisi jus respexe-
 rit, Institutionum methodus circa personas, circa
 res, circa obligationes per libros separatos, super-
 flua erat circa actiones; cum hæ tam ex jure per-
 sonarum, quam ex jure rerum fluentes, in jure
 novo ab obligationibus non differant; actio enim
 semel enata constituit vinculum juris inter reum
 et actorem obligationis vinculo simillimum, quo
 ad aliquod factum præstandum tenemur: hanc ob
 causam fortasse Justinianus, qui circa jurium natu-
 ram vix aliquam deprehendebat differentiam inter
 obligationum et actionum jura, eas conjunxit:
 Gajus vero, qui de actionibus tractavit maxime
 respiciens ad agendi rationem, merito separavit
 obligationes ab actionibus: nam formulæ, uti supra
 exposuimus, omnino distinctæ sunt a jure, sive
 hoc obligationibus, sive jure personarum, sive jure

rerum inniteretur. Olim adeo ignotum erat Gajum diverso modo de actionibus tractasse, ac fecit Justinianus, ut veteres quidam interpretes, contra fidem codicis florentini, in dubium vocaverint librum quartum Institutionum Gaji, innixi eo, quod in Pandectis tantum ex libris tribus hujus jurisconsulti fragmenta habeantur, eoque quod in Epitome Wisigothorum, quæ autem pro mutilato Gaji cadavere dispicienda erat, post furtorum materiam nihil traditum sit (1).

2º. Justiniani tempore, mutata in judiciis procedendi ratione, abrogatis formulis, omittuntur omnia, quæ ad has vel illam pertinent. Loco divisionum actionum, quæ per diversas formularum conceptiones apud Gajum exprimuntur, Justinianus ex intima juris actionum natura divisiones repetiit. Jam neque tam stricta, neque tam periculosa agendi forma in judiciis observatur circa formulam rite proponendam; abrogantur exceptiones cognitoriæ, vel eæ, quæ dabantur ex re in judicium citius inducta, vel ex lite dividua, vel residua; (2) neque sub iisdem nominibus veniunt præscriptiones, quæ formulis inserebantur. Tollitur deductio et ad compensationem faciendam non amplius inter se differunt strictorum et bonæ fidei judiciorum formulæ: tolluntur cognitores solemnibus verbis constituendi; solique remanent procuratores, qui alieno nomine agant:

(1) Vide *Aleandri* præfationem in *Jurisprudentia AntJustiniane*a a *Schultingio* edita.

(2) Gaj. IV §. 122. 123.

nec jam erant diversa satisfactionum genera pro diversa formula, ex qua actum fuerat : jam in desuetudinem abierant vadimonium, iudicium calumniae, contrarium iudicium, sponsiones et restipulationes, quibus litigantium temeritas coerceretur. Prætoris cognitione non amplius distincta a iudicis officio, interdicta nec jam erant magistratus mandata, quæ, reo negante, in formulam iudici præscriptam transformarentur; sed, sicuti cæteræ actiones, extraordinarie exercebantur.

3°. Notandum est apud Gajum non reperiri plures Justinianearum Institutionum titulos, v. g., titulum de officio iudicis, deque iudiciis publicis. In illo, qui e Gaji Institutionibus non excerptus videtur, Justinianus accurate explicavit ex ipsa actionum natura, quomodo a iudice diverse definiendæ essent præstationes, quæ sub condemnatione vel adjudicatione veniunt : hæc alio modo exposuit Gajus pro diversa sua ratione in actiones inquirendi; cum satis superque iudicis officium indicaverit conceptione condemnationis vel adjudicationis in formula (2). De iudiciis publicis non tractavit Gajus, quia fortasse commentariis suis nonnisi elementa juris civilis privati tradere voluit. De his contra titulum composuit Justinianus, quia, quamvis sciret omnino diversam rationem esse publicarum et civilium actionum, voluerat tamen juris tum criminalis, tum civilis prima incunabula complecti. Discriminis ratio

(1) Gaj. IV. §. 42, 43. 52.

oritur, ni fallor, eo, quod Imperator, Institutiones suas juvenibus edocendis addicens, nonnisi ex illis cupiebat eos repetere, ut ait, totius legitimæ scientiæ prima elementa (1).

4°. Gajus est optimus interpres juris antiquitatum, quas Tribonianus expunxerat, quia jusserat Imperator auferre omnia, quæ sua ætate facile ex illis ignorari posse putaret, cum jam a paucis noscerentur et ita existimaret impediri, nedum adjuvari juris novi studium. Inde tota illa disputatio de legis actionibus, tam accurate descripta a Gajo, cujus ætate plane inutilis nondum facta erat, in Institutionibus ita sublata est, ut vix illarum nomen et vestigia deprehendantur. Fictitiarum actionum antiquam originem et naturam, a ceterarum actionum Prætoriarum indole omnino distinctam, neglexit ita, ut illas cum his confuderit. Nihilominus cum contra ipsius mentem hic et illic quandoque dispersæ essent juris vetustissimi reliquiæ, et ipse haud raro non satis accurate describeret ea, quæ antea obtinebant, multa in Institutionibus erant obscura: nunc autem, cum hæc loca difficiliora sæpe excerpta sint ex Gaji commentariis, ubi fusius explicantur, eorum ratio perspicua evadit: Gajus igitur est locupletissimus interpres Justinianearum Institutionum, ad quas facilius et suavius cognoscendas nullus liber aptior est. Auxilium, ex Theophili paraphrasi petatum, quamvis sat magnum, sufficiens tamen non erat,

(1) Inst. procemium §. 4.

cum sæpius in eo major antiquitatum peritia desideraretur : uberius eo Gajus exposuit mores et ritus veterum Romanorum , qui suo tempore in desuetudinem nondum plane abierant. Gajus etiam exponit , quantus esset tunc controversiarum numerus inter Jurisconsultos , eoque non parum refellere videtur opinionem eorum , qui defendebant Imperatorem Hadrianum voluisse edictum perpetuum fieri et vim legis habere , indeque asserebant hunc dissensiones finisse (1) ; nam Gajus , qui commentarios suos scripsit , mortuo Hadriano , in his maxima industria hujus vel illius scholæ opiniones descripsit , quia earum cognitio adhuc in jure majoris effectus erat. Ita hodie facile erit colligere , qualis fuerit diversa utriusque scholæ ratio , et indicare quatenus hanc vel illam secutus sit Justinianus , qui plerumque quidem amplexus est sententiam Gaji , qui Sabinianus erat , sed ita tacite sæpius controversiam , ab eo enarratam dissolvit , ut vix suspicaremur de hac vel illa re dissensionem fuisse. Præter et multas alias in prioribus libris expositas , et quas pro ratione argumenti mei non persecutus sum controversias , in libro de actionibus plurimas proposuit Gajus , quarum singulas videre est in IV. §. 8. 59. 78. 79. 84. 114. 125. 153.

5°. Quoad jus ipsum quod actionibus continetur , Gaji et Justiniani Institutiones parum differunt : si

(1) Eos secutus est GIBBON , Précis de l'histoire du Droit romain , editio supra laudata , pag. 24.

enim excipias ea, quæ diversa sunt ex eo, quod ratione temporum mutata plura juris veteris præcepta mutanda erant; patebit, quam merito Imperator, suum appellaverit Gajum in procæmio « *Institutiones has ex omnibus antiquorum Institutionibus et præcipue ex commentariis Gaji nostri tam Institutionum, quam rerum quotidianarum tres viri prudentes nobis obtulerunt. §. 6. Inst.* » Ita mirum non est tantam latinæ linguæ urbanitatem esse in Institutionibus, confectis tempore, quo barbaries in orbe romano grassaretur; cum ad verbum fere compilatæ sint ex commentariis Gaji, cujus scripta veteris linguæ latinæ elegantiam et concinnitatem sapiunt.

Nihil aptius est ad comparisonem Institutionum Gaji et Justiniani circa jus et naturam actionum breviter absolvendam, quam collatio titulorum Institutionum *de divisione actionum et de perpetuis et temporalibus actionibus*, quos huc transtulimus, quia cum formularum argumento conjungendi nobis visi non sunt, et actionum divisiones comprehendentes commodissime comparandam præbent universam actionum doctrinam.

Apud Gajum præter divisionem actionum in actiones in personam et in rem, in commentario nostro concinnius explicatam, quam in Institutionibus, et de alia divisione actionum, quam reprobatur ille, sermo est. Non nisi conjicere licet de hac divisione, ab Imperatore omissa, et cujus ratio omnino obscura est: hanc sic exposuit Gajus: « *Quot genera ac-*
n.

tionum sint verius videtur duo esse ; in rem et in personam. Nam qui quatuor esse dixerunt ex sponsionum generibus , non animadverterunt , quasdam species actionum inter genera se retulisse. §. 1. IV. Ita videtur Gajum tantum ad duo genera omnes actiones referre , indeque rejicere alteram divisionem actionum , quia illa id , quod nonnisi hujus vel illius generis species erat , et ipsum pro genere falso accipiebatur. Quærendum nunc est , quomodo ex sponsionum generibus quatuor actionum genera esse potuerint : fortasse sic res se habebat. Supra vidimus duplici sponsione , scilicet poenali et præjudiciali in rem actum fuisse : in personam vero etiam duplici genere , sponsione tertiæ partis causæ , si certa credita esset pecunia , et sponsione dimidiæ partis causæ , si constituta esset (1). Inde quatuor erant sponsionum genera , ex quibus in rem et in personam actiones instituebantur , eoque , ni fallor , dicebatur ex sponsionum generibus quatuor esse actionum genera. Cum vero ex hisce sponsionibus duæ propriæ essent generi actionum in rem , aliæ actionum in personam , hanc divisionem non probabat Gajus. Si contra veritatem conjecturæ nostræ objiciatur , exceptis actionibus certæ creditæ et constitutæ pecuniæ , in personam vulgo actum fuisse sine sponsione , eoque in divisione actionum ex sponsionibus petita non

(1) Gaj. IV §. 141. — 93. 171. — Asconius ad Cic. Ver. I. c. 45.

omnes actionum in personam species contineri, sed solummodo quasdam, facilis est responsio, cum Gajus hoc divisionis vitium respexisse ipse videatur, dicens : « *Sed non animadverterunt quasdam species actionum inter genera se retulisse.* » Nonne his verbis præsупponere licet hanc divisionem eo magis vituperatam a Gajo, quod non omnes actionum species in personam contineret, sed nonnisi *quasdam*, scilicet eas, quæ de certa credita vel constituta pecunia datæ erant? Alioquin hæc divisio, quamvis comprehensa quidem in altera divisione actionum in rem et in personam, vix rejici debuisset; illa enim petita erat ex alia ratione quam hæc, et accommodata rationi procedendi, unde, uti Gajus ipse probat, actionum doctrinam maxime expendebant Jurisconsulti. Opinio circa fundamentum, quo nitebatur falsa illa divisio, eo facilius admittenda erit, quod non intelligam aliam divisionem, quæ ratione sponsionum quibusdam speciebus actionum in rem et in personam accommodetur : utique non est ponenda in diversa conditione sponsoris, fidepromissoris et fidejussoris, cum inde tantummodo triplex esset divisio sponsionum, et nonnisi ad actiones in personam, exclusis actionibus in rem, conveniret (1). Rejicienda etiam conjectura circa divisionem formularum actionum sive in rem, sive in personam, sive ea formula, quæ in factum concepta est, sive ea, quæ in jus habet intentio-

(1) Gaj. III. §. 118.

nem; nusquam enim vidi inde quatuor sponsionum genera fuisse (1). Hanc divisionem, cujus fundamentum et ratio nihilominus obscura sunt, mittentes, transeamus ad alias actionum divisiones, quas Justinianus in Institutionibus suis proposuit.

(a) Actiones sunt civiles et prætoriae.

(b) Actiones sunt stricti juris, bonæ fidei et arbitrariae.

(c) Actiones sunt vel simpli vel dupli vel tripli vel quadrupli.

(d) Actiones sunt rei persecutoriae, poenales et mixtae.

(e) Actiones sunt judiciales vel præjudiciales.

(f) Actiones sunt perpetuae vel temporales.

Comparando titulum Gaji, respondentem titulo Institutionum de actionibus, patet plures harum divisionum eo loco non appositas fuisse, quo nunc reperiuntur, nec sub iisdem nominibus, ut nunc, venire; sic, v. g., divisio actionum in civiles et Prætorias, in stricti juris, bonæ fidei et arbitrarias hac sub forma apud Gajum non proponitur, quamvis ibi contineatur. Cum divisione actionum in legitimas et Prætorias (2) congruit illa Gaji in legis et fictitias actiones: divisioni actionum in stricti juris, bonæ fidei et arbitrarias probavimus respondere divisionem actionum in formulas, quarum condemnatio est certæ pecuniæ vel incertæ cum

(1) Gaj. IV §. 106.

(2) Inst. §. 3 de act. — Gaj. IV. §. 10.

taxatione vel sine taxatione, quod confirmatur etiam eo; quod si hæc non esset, contra rerum naturam admittendum esset, Gajum silentio præteriisse hanc divisionem, cujus vis et effectus major erat in veteri procedendi ratione quam Justiniani tempore. Si hæ divisiones alio modo a singulis proponuntur, hoc necessario factum est ex diversa ratione temporum, quibus scripserunt.

In jure veteri maxime efficax erat divisio actionum in legis et fictitias actiones : illæ ipso jure valebant, hæ, a Prætoribus introductæ, non ipso jure, sed ad legitimas actiones erant exprimendæ, ut valerent : inde Gajus divisioni Institutionum in actiones civiles et Prætorias ita hanc respondentem exhibuit : « *quædam præterea sunt actiones, quæ ad legis actionem exprimuntur ; quædam, quæ sua vi ac potestate constant.* IV. §. 10. In Institutionibus Justinianeis, adæquata juris civilis et Prætorii potestate, divisio actionum in civiles et Prætorias plane historica erat : neque ad veritatem juris novi accessisset Imperator, si hæc Gaji verba secutus, sub eadem forma hanc divisionem actionum in Institutionibus suis descripsisset. Ita etiam, sublata cognitione extraordinaria, Justinianus divisionem actionum in formulas condemnationis certæ pecuniæ, vel incertæ cum taxatione vel sine taxatione transtulit in divisionem actionum stricti judicii, bonæ fidei et arbitrarias ; nam judex tunc non amplius a Prætore accipiebat formulam, ex cujus condemnatione cognosceret, quatenus judicandum esset ; sed ipse de-

buit, ex diversa actionis natura, potestatis suæ fines intelligere; Gaji igitur definitio secundum antiquam formam agendi in judiciis instituta, hac sublata, non amplius conveniebat (1).

Nunc quædam dicenda sunt de divisione actionum in simplum vel duplum, triplum vel quadruplum, quam Justinianus posuit in principio Institutionum; quam autem Gajus melius hoc loco omisit, ut de ea tractaret in titulo de pœna temere litigantium, ubi revera divisionis utilitas percipitur. Juvat illam e Gajo excerpere; cum ea contineantur plures actiones omissæ a Justiniano, confuse et laxius eam exponente. « *Reo inficiente ex quibusdam causis dupli actio constituitur, velut si judicati, aut depensi, aut damni injuriæ, aut legatorum per damnationem relictorum nomine agitur. — Statim autem ab initio plurius quam simpli actio est, velut furti manifesti quadrupli, nec manifesti dupli, concepti et oblati tripli: nam ex his causis et aliis quibusdam, sive quis neget, sive fateatur, plurius quam simpli est actio.* Gaj. IV. §. 171. 173. Inter actiones, quæ statim ab initio plurius quam simpli sunt, omittuntur in Institutionibus nomina actionum furti concepti et oblati, quia hæc a Justiniano

(1) Inst. §. 28. de act. vide IV. §. 48–52. §. 62, ubi Gajus inter cetera bonæ fidei judicia, duo enumeravit, quorum alterum est actio fiduciæ, cujus usus olim frequentissimus erat in omnibus negotiis sub lege restituendi contractis, v. g. in deposito, commodato, pignore et emancipatione: alterum autem, est actio depensi, de qua mox videbimus.

transpositæ sunt in actionem furti non manifesti, ita ut poena earum non amplius tripli sit, sed dupli. Actio furti prohibiti in quadruplum data, quæ accipiebatur olim sub nomine furti manifesti, contra in Institutionibus continetur etiam furto non manifesto (1). Inter actiones vero in duplum ex inficiatione crescentes, Justinianus omisit actiones judicati et depensi, angustiusque accepit actionem damni injuriæ, quam Gajus, qui in ea comprehendit et actionem secundi capitis legis Aquiliæ, hactenus desiderati. Loco actionis legatorum per damnationem relictorum Imperator apposuit legata ecclesiis vel locis venerabilibus relictis : de singulis hisce actionibus nunc quædam monere juvat.

Actio judicati est ea actio, qua agimus in duplum adversus damnatum, recusantem judicis sententiam observare : contra eum hæc actio poenalis introducta erat, quia, qui judicatum inficiabatur, videbatur niti convellere rerum judicatarum auctoritatem, quam ratam manere publicæ salutis ratio exigit. Nonne indè revocationem in duplum, quæ an extiterit merito dubium, falso deduxerunt quidam interpretes?

Actio depensi quid esset hactenus adeo ignorabant interpretes, ut in fragmento Pauli, ubi ejus nomen occurrit, loco depensi, depositi actionem legendum

(1) §. 4. Inst. IV. 1. — Gaj. III. §. 193 et sq., ubi curiosam exhibet descriptionem furti per lintheum et lancem concepti, de quo tantum inter interpretes disputatum fuit.

putarent (1). Actio depensi est ea, actio ex lege Publilia adversus inficiantem in duplum crescens, sponsoribusque data ad recuperandum id, quod pro reo solverant. Justiniani tempore, sublato discrimine inter sponsores, fidepromissores et fidejussores, hisque tantum conservatis, sublata est actio depensi ad sponsores proprie introducta, et quæ jam olim fidejussoribus competebat mandati actio, sola eis permansit (2).

Actio legatorum per damnationem relictorum in duplum etiam crescens ita dabatur potius quam actiones legatorum per vindicationem, vel sinendi modo vel per præceptionem factorum, quia per damnationem, qua constituebatur illud, hæres damnatus a defuncto videbatur, tanquam reus a iudice, indeque hujus legati causa similis erat causæ judicati. Hæc actio a Justiniano abolita est, quia, abrogatis diversis legatum constituendi modis, sublatus etiam fuerat modus per damnationem legandi. Ita Imperator religiosus, adæquata vi et potestate legatorum et fideicommissorum, loco legati per damnationem relictæ, sacram magis habens causam legati sacrosanctis ecclesiis vel venerabilibus locis relictæ, tam ex legatis quam ex fideicommissis, poenam ex ejus inficiatione statuit (3).

Actio damni injuriæ adversus inficiantem in du-

(1) Receptæ sent. PAULI. I. 19. §. 1. jus civile Ante-Justinianeum a Clr. HUGONE editum, Vol. I. p. 113.

(2) Gaj. IV §. 22, III §. 127. — Inst. §. 6 de fidejussoribus.

(3) Inst. de Act. §. 23.

plum quoque crescebat ex lege Aquilia. Remotis causis actionis damni injuriæ ex primo et tertio capite legis Aquiliæ jamdudum cognitæ, juvat inquire in sententiam secundi capitis, cui quærendo tantum et frustra desudaverunt interpretes : Gajus hoc ita cognoscendum dat. « *Capite secundo legis Aquiliæ in adstipulatorem, qui pecuniam in fraudem stipulatoris acceptam fecerit, quanti ea res esset, tanti actio constituitur : qua et ipsa parte legis damni nomine actionem introduci manifestum est : sed id cavere non fuit necessarium, cum actio mandati ad eam rem sufficeret ; nisi quod ea lege adversus inficiantem in duplum agitur.* III. §. 215-216. Cum adstipulatoris persona sit ea, contra quam datur actio damni injuriæ ex secundo capite legis Aquiliæ, ut hujus causam intelligamus, necessario videndum est quid sit adstipulator. Adstipulator plerumque nihil aliud erat, nisi procurator constitutus solutionis causa, qui restitueret heredi stipulatoris defuncti id, quod perceperat ex obligatione, quæ post hujus mortem tantum effectum habere debuit. Ejusmodi persona in stipulatione olim interveniebat, quia jure veteri, inutile erat negotium quo, quis ita dari stipulatus fuerat « *post mortem meam dari spondes ?* » inelegans enim Romanis visum erat obligationem ex heredis persona incipere. Qui autem eludere conabantur hujus juris subtilitatem, ex quo in favorem heredum stipulari non licebat, adhibebant ad id, quod stipulabantur, alium, qui idem stipularetur, et cui post mortem

stipulantium competeret actio, cuique recte solveretur ac ipsis : si hic quid a debitore consecutus fuerat, tenebatur heredi actione mandati, quæ simpli erat; si vero conventus adstipulator inficias iret, puniebatur lege Aquilia actione in duplum (1). Hisce perspicuum est, quare secundum caput legis Aquiliæ in jure novo ubique expunctum sit; nam tunc ipso jure civili valebat stipulatio, qua aliquid post mortem nostram dandum erat, et ex qua Gajus ait tunc solum adhibitum fuisse adstipulatorem, ut effectum haberet : Justinianus derogationem juri veteri factam sic explicat : « *Antiquitus stipulatio, pridie quam moriar, vel pridie quam morieris, dare spondes? Inutilis erat stipulatio sed cum (ut jam dictum est) ex consensu contrahentium stipulationes valeant : placuit nobis etiam in hunc juris articulum necessariam inducere emendationem : ut sive post mortem, sive pridie quam moriatur stipulator, sive promissor, stipulatio valeat.* » §. 13 Inst. de inutil. stip. Ita non amplius ex hac causa usurpata adstipulatione, Justinianus voluit, si ejusmodi mandatum etiam quandoque daretur, non actionem dupli ex lege Aquilia, sed simpliciter competere actionem mandati, quæ simpli erat (2).

Circa actionum divisionem in actiones rei persecutorias, poenales vel mixtas, notandum est, notionem actionum mixtarum longe angustiores esse

(1) Gaj. III §. 100. 110. 111. 117. (2) L. 108, D. 46. 3.

apud Gajum, quam apud Justinianum. In Institutionibus duplex est genus actionum mixtarum : mixtæ enim sunt primum actiones, quæ pro fundamento habere videntur et jus in re et obligationem, quales sunt actiones familiæ erciscundæ, communi dividundo et finium regundorum (1). De hac mixtarum actionum specie tacet Gajus, quia fortasse animadvertenterat eas magis in personam quam in rem actiones esse, ideoque pro mixtis non habendas. Gajus autem pro mixtis accipiens actiones, ex quibus rem et poenam simul persequimur, indicare videtur de vera harum natura controversiam fuisse inter Jurisconsultos, quorum alii strictius, alii extensius eas concipiebant : horum opinionem secutus est Justinianus : Gajus vero de mixtis actionibus ita locutus est : *“ pœnam tantum consequimur velut actione
 “ furti, et injuriarum, et ad quorundam opinio-
 “ nem actione vi bonorum raptorum : nam ipsius
 “ rei et vindicatio et condictio nobis competit.
 “ Rem vero et pœnam consequimur vel ex his
 “ causis, ex quibus adversus inficiantem in du-
 “ plum agimus : quod accidit per actionem judi-
 “ cati, item depensi, damni injuriæ legato-
 “ rum nomine, quæ per damnationem certa relictæ
 “ sunt ”* IV. §. 8 et 9. Hæc verba accurate definita declarant, mixtas actiones eas solas fuisse, ex quibus non potuerimus separatim rem et poenam persequi, nimirum : actiones in duplum, reo inficiente, crescentes. Justinianus non ita voluit, et pro mixtis

(1) §. 20. Inst. de Act.

actionibus habuit etiam eas, ex quibus possumus separatim poenam et rem persequi, indeque inter mixtas posuit actionem vi bonorum raptorum, cujus poenam, quæ tripli est, per actionem furti; rem autem per vindicationem vel conductionem persequimur. Ex hujus actionis exemplo simili modo videmus actiones mixtas non restringi ad eas, ex quibus adversus inficiantem lis crescit in duplum; cum actio vi bonorum raptorum in quadruplum concepta sit, sive quis neget, sive quis fateatur.

Circa divisionem actionum in præjudiciales et judiciales observandum est, in illis apud Gajum contineri actionem *quanta dos sit*, de qua mentio non fit in Institutionibus. « *In formulis intentio aliquando sola invenitur, sicut in præjudicialibus formulis: qualis est, qua quæritur, aliquis libertus sit, vel quanta dos sit, et aliæ complures.* Gaj. IV. §. 44. Ex exemplo actionis, *an aliquis libertus sit*, quocum conjungitur quasi ad eandem causam altera actio *quanta dos sit*, patet utriusque eandem naturam esse debere, neque separandam, indeque per formulas præjudiciales, ex singulis datas, intelligi actiones, quæ alterius postea instituendæ exitum et eventum præparant: difficile autem erat invenire casum, ad quem secundum hanc definitionem pertineret formula præjudicialis: *quanta dos sit*: hunc tamen reperiisse puto apud Ulpianum, cum de veteri dotem repetendi ratione loquitur (1). Res ita obtinebat: mortua in matrimonio mu-

(1) Ulp. frag. VI §. 4. 9. 12.

liere, dos a patre profecta repetebatur; retentis tamen penes virum quintis partibus dotis, in singulos liberos in infinitum relinquendis. Inde patre dotem repetente, et certam pecuniæ summam dari sibi oportere intendente, si hac de re controversia orta esset, impossibile fiebat decidere, utrum pater plus vel minus petiisset, nisi prius præjudicatum esset, *quanta dos esset* : prouti enim major minorve fuerat dotis constitutæ quantitas, majores minoresve erant partes dotis a patre repetendæ, vel a viro in singulos liberos retinendæ. Præjudicata dotis quantitate, cum jure civili statutum esset præter quintas partes a viro retinendas, reliquas patri restituendas esse, numerus liberorum certum faciebat, quantum restituendum esset. Inde in dotis repetitione formula præjudiciali prius agebatur, *quanta dos sit*, cum hujus quantitate dijudicata, litis eventus certus esset. Hæc actio præjudicialis moveri etiam potuit, quando, divortio facto, vel propter mores vel propter liberos fiebant retentiones, et dijudicandum erat, qualis esset dotis repetendæ quantitas : Justinianus hanc actionem præjudicialem omisit, quia jus retentionis in dotis repetitione in desuetudinem abierat.

Postrema actionum divisio in Institutionibus est ea in actiones perpetuas et temporales, quæ pertinet ad earum vitam et durationem, quæ, sicuti supra exposuimus in judiciis, quæ legitimo jure vel prætorio, i. e., imperio continebantur, brevior vel longior erat, prouti actiones legitimæ vel prætoriae erant : tale discrimen inter vim et potestatem harum

actionum, quod jam, si edictum, perpetuum factum, vim legis ab Hadriano recepisset, Gaji tempore nullum effectum habere debuisset, non amplius observabatur à Justiniano, sub quo juris civilis et prætorii æquata auctoritate, cum constitutiones actionibus utriusque generis fines dedissent, hæc divisio mere historica erat. Hoc titulo Gajus definiit, qualis fuerit illa actio, quam ex contractu contra heredem non competere ait Justinianus, cujusque causa anxie quæsita erat ab interpretibus, qui fidem non habebant Theophilo exemplum ponenti in deposito. §^{us}. 1. Inst. h. t. igitur illustratur §^o. 113 Gaji IV : *« aliquando tamen etiam ex contractu actio neque heredi, neque in heredem competit. Nam adstipulatoris heres actionem non habet; et sponsoris et fidepromissoris heres tenetur.* Ita videmus actionem ex contractu, contra heredem non datam, fuisse actionem sponsionis vel fidepromissionis: abolitis hisce, Justinianus, ex personis, quæ pro aliis sese obligabant, servavit non nisi fidejussores, quorum heredes jam jure veteri tenebantur (1) : ita apertum est in Institutionibus obscuritatem ortam esse eo, quod Justinianus voluit supplere has actiones, ad jus novum non amplius compositas. In fine hujus tituli (3), Gajus quærit an reus, qui post acceptum judicium satisfecit actori, absolvi possit? Hac de re inter Jurisconsultos erat controversia; quorum alii distinguebant, utrum strictum vel bonæ fidei esset judicium acceptum, alii minime distin-

(1) Gaj. IV. §. 120.

(2) Gaj. IV. §. 114.

guebant : Justinianus controversiam non exposuit ; sed confirmavit opinionem Gaji , cui placebat omnia judicia absolutoria esse. Quæstio hæc adeo aliena videbatur argumento *de actionibus perpetuis et temporalibus* , ut Petrus Burgius (1) hunc §. a Justiniano hic male positum et fugitivum putaverit , eumque pertinere ad titulum de officio judicis. Gajus autem , in quo etiam hic §. , ibi legitur , rem explicat , per titulum de *judiciis* , quæ jure legitimo vel imperio continentur , præcedentem ; cum in hoc titulo , sicuti in §. , de quo agitur , sermo sit de judicii instituti exitu : in Institutionibus autem , hoc titulo sublato , nec jam cum eo §i. , hoc loco positi , ratio perspicua erat.

(1) Otto ad Inst. h. t.

CAPUT QUARTUM.

ILLUSTRATIO HISTORICA ORDINIS JUDICIORUM
PRIVATORUM APUD ROMANOS.

§. I.

INTRODUCTIO.

Antequam ad singulas ordinis judiciorum partes explicandas transeamus, pauca præmittenda sunt de eorum origine, processu et natura; nam, ut ait GAJUS, *istæ præfationes et libentius nos ad lectionem propositæ materiæ producant: et cum ibi venerimus, evidentiorẽ præstant intellectum* (1). Hæc illustratio, historica quidem, spectat universam juris romani historiam, nam complectitur tres varias agendi rationes, quæ ab urbis primordio usque ad Justiniani tempora usurpatæ sunt, atque sibi successerunt. Legis actiones vetustissima fuit procedendi forma, accommodata dein legi XII Tabularum: in fine Reipublicæ sequentem constituerunt formulæ, legibus Juliis ordinatæ: denique, abolitis hisce, sub Constantino, tertia successit agendi ratio, ex qua omnes actiones extraordinariæ factæ sunt: ita videmus, pro temporum moribus et rerum publicarum formis, mutationes subire non solum jus romanum; sed et maxime ipsum judiciorum ordinem: nihil melius demons-

(1) L. 1. D. I. 2.

trat originem , progressum et lapsum tum libertatis , tum bonarum artium apud Romanos , quam hæc diversitas in procedendi modis ; et hoc respexisse videtur CICERO in loco , quem pro epigrammate sumpsit : *sunt et in omni jure civili et in Pontificum libris et in XII Tabulis , quædam genera actionum , quæ majorum consuetudinem vitamque declarant*. Quid verius significat Patriciorum superbiam et desiderium opprimendi crescentem populi libertatem , sibi omnem potestatem usurpando , quam artes turpissimæ , adhibitæ ab illis in ordinanda agendi ratione per legis actiones , ut inde plebeios callide destituerent beneficio legis XII Tabularum , quæ primam Reipublicæ conditionem definiens , ex multis causis respondebat apud Romanos legi illi , quam vocamus *Loi fondamentale* ? Quid contra melius indicat ætatem efflorescentis tum libertatis et jurisprudentiæ , tum bonarum artium , quam ratio agendi per formulas , in quibus amplius deprehenditur neque fraus patriciorum , neque subtilitas legis actionum ? Quid dicam de actionibus extraordinariis , quæ pertinent ad tempora , quibus , libertate penitus extincta , barbaries imperium romanum invaserat , introductaque christiana fide , cum toti in eo essent doctiores , ut de ea disputarent , jurisprudentia negligebatur , et ita diversis ex causis , totius reipublicæ et morum perturbatione facta , omnia jam ad merum Imperatorum arbitrium erant prolapsa. Prætoris auctoritas , olim tanta , jam fere nulla erat. Imperio romano in quatuor præfecturas prætorio et

innumeras provincias diviso, singulis locis constituta erant tribunalia; cum vero deessent juris periti, qui, secundum rationem agendi ordinariam, jus reddere possent, statutum erat, ut et is, qui litem ordinasset, eam simul dijudicaret: inde judiciorum libertas diminuta: inde officium Prætoris non amplius separatum a judicis partibus; quod dicitur omnes actiones extraordinarias esse factas. Cum Prætor, qui Præses erat provinciæ, haud raro juris imperitus esset aut negotiis impeditus, quominus judicaret; ipsius adjuvandi gratia inventi sunt assessores, qui ab eo electi, rem dijudicabant, quorumque judicia tantum subscribens, sua auctoritate muniebat.

Expositis hisce, breviter videamus, quomodo, pro diversis Reipublicæ temporibus, Romani circa personas, circa res et obligationes jura sua persecuti sint sive legis actionibus, sive formulis, sive extraordinariis actionibus. Hæc quidem paucis absolvi, cum minutissima consecretari mihi visum sit versari extra fines commentationis, quam maxime in Gajo interpretando consistere debere existimavi: ita etiam ingenue fateor me recepisse ab interpretibus, qui hac de re tractaverant plurima, de quibus dubitabam, quæ vero etiam subtilius perscrutari, propter temporis angustias, mihi non licebat.

§. II.

GENERALIA QUÆDAM DE ORDINE JUDICIORUM PRIVATORUM.

Duo genera litium judicialium pro causæ natura

et procedendi ratione diversa antiquo Romanorum jure distincta sunt; omnia enim judicia reperta sunt aut ad distrahendas controversias aut ad punienda maleficia (1). Hisce apud nos respondent varia, quæ recepta sunt in causis civilibus et criminalibus (*procédure civile et criminelle*). In omni causa civili, distinguenda sunt, quæ apud Prætorem agebantur, ab iis, quæ apud judicem obtinebant; separatum enim erat Prætoris et judicis officium. Hæc distinctio, quæ libertatem civilem conservabat, obtinebat et in legis actionibus et in formulis; actionibus extraordinariis factis autem, hæc non amplius locum habuit. Penes Prætorem erat Imperium et Jurisdictio (*pouvoir judiciaire et exécutif*). Si uteretur jurisditione, actionem admittebat, litem in jure ordinabat, eamque, ad causæ veritatem inquirendam, judici deferbat: vulgo dicitur et Prætorem ipsum aliquando rem dijudicasse, quo casu extraordinarie cognoscere dicebatur; sed hoc quidem in controversiis vix factum fuisse mihi videtur; nam in causis ipsis, v. g., præjudicialibus, ex quibus maxime extraordinariam cognitionem fuisse affirmant interpretes, judicem datum esse probat Gajus (2). Quoties Prætor judicem dabat, ordinaria erat cognitio: sententia a judice lata, si judicatum solvere negaret reus, judicii exequendi gratia rursus ibatur ad Prætorem, qui tunc, si necesse esset, per *Imperium* (3) ex missione

(1) CICERO, orat. pro Cæcinna c. 2.

(2) Gaj. IV. §. 44. §. 46.

(3) L. 3. D. de jurisd.

in bona rei contumacis actori satisfaciebat. Judiciorum ordo strictissime observabatur; pro quavis in jure et in judicio actione peragenda instituti erant certi dies, qui uti, jam explicavimus, vel fasti erant, vel nefasti, vel intercisi: supra quoque exposuimus quomodo usque ad Flavium, patricii, si lege agendum esset, contra plebeios usi sint cognitione horum dierum, quam arcanam retinebant. Distincti etiam dicuntur dies postulatorii et dies cognitorii: illis instituebatur actio, his post examinabatur. Ut his diversis diebus, ad negotium continuandum, redirent partes, magistratus jubebat eas stipulationibus satisfactoriis sese obligare; judicis datione demum fiebat Prætoris officium.

§. III.

BREVIS DESCRIPTIO SINGULORUM REI JUDICIARIÆ ACTUUM.

I. *In jus vocatio.* (*Ajournement*).

In jus vocando omnis controversiæ initium factum, si intra parietes inter amicos res transigi non potuisset, reus in jus ire ab altero petebatur, veluti his formulis, quæ notæ sunt: *in jus eamus, in jus sequere ad tribunal, in jus ambula, in jus te voco* (1). His verbis reus ita extra domum vocatus, sequi debuit; e domo tamen rapi non potuit; sacra enim ibi libertas ac tutela: *quia*, ait Gajus, (2) *domus tutissimum cuique refugium atque receptaculum est.*

(1) HEINECCII, Antiq. IV. 6. §. 13.

(2) L. 18. D. II. 4.

Quædam personæ in jus vocari non poterant, nisi venia magistratus impetrata (1). Tertia evocatione facta, citationeque ad januas domus adfixa; si in jus vocatus non iret, contra eum permissa erat in bonorum possessionem missio ex primo, secundo et tertio decreto, secundum hanc edicti partem, qua is, qui fraudationis causa latitaverat, nec absens boni viri arbitrato defendebatur, ejus bona possidere vendereque jubebat Prætor (2). In *quibusdam casibus* durior et promptior erat in jus vocatio, si lege ageretur, quod fiebat, quando in jus vocatio exercebatur per manus injectionem, (3) et reus obvius, qui statim non sequebatur actorem, testibus citatis, in jus rapiebatur. Imo si non *pura*, sed *pro judicato* manus injectione actum fuisset, reus non potuit se defendere, sed dandus vindex, qui et satisfactionis et defensionis causa ita constituebatur: qui vindicem non dabat, domum ducebatur ab actore et ibi, ve-

(1) Gaj. IV. 183. 187.

(2) Gaj. III. §. 78. l. 19. D. II. 4.

(3) Angli, qui ex antiquissimis Majorum moribus multa minus perfecta in jure servarunt, etiam nunc in causis alicujus momenti, contra reum, qui, in jus vocatus, ire nolit, ut eat, aut saltem hoc nomine vades locupletes det, non privata quidem, sed publica auctoritate litem incipiunt actione, manus injectioni plurimum respondente: *Writ capias*: quandoque etiam agunt alia forma, quæ *pone per vadium et salvos plegios* dicitur, et magis similis est pignoris capioni Romanorum, de qua mox videbimus; cum per eam bona debitoris latitantis, sub custodia et in pignore apprehendantur. DELOLME, p. 128. — BLACKSTONE, T. V. p. 17. p. 20.

tustissimis quidem temporibus, vinciebatur; postea autem ex lege *Petilia* (1), cujus nomen propter sententiam et ductum similitudinem, latere suspicor in §. 25. Gaj. IV, reo cum permissum fuisset sibi manum depellere et pro se lege agere, exceptis causis depensi et judicati, in his si vindicem non daret, domum quidem educi; sed non amplius vinciri potuit. Quandoque litis initium exercebatur apprehendendo res mobiles debitoris, sine auctoritate Prætoris et absente adversario, quod locum habuit in pignoris capione, quæ, sicuti manus injectio, erat extraordinaria agendi forma, et nonnisi in causis gravioris momenti et urgentis necessitatis usurpabatur (2). Utrum juste nec ne actum fuisset pignoris capione pronuntiabat Magistratus. Denique in obligationibus, quarum quantitas certa erat, cum vix in iis opus esset cognitione Prætoris, ut celerius iudicium perageretur, litis denuntiatio fiebat iudicem petendo ad trigesimum diem: hic modus vocandi in ius *condictio* dicebatur, et proprius erat actionibus in personam, in quibus de re certa agebatur. Justiniani tempore, abolitis his in ius vocandi modis, per Magistratus ministros semper facta fuisse videtur litis denuntiatio. Cum in ius vocatus obediret et in ius iret, actor plerumque indicabat reo, quam actionem contra eum mox postulaturus esset; ob

(1) Bach. Jurisp. rom. p. 142.

(2) Ita apud nos si in prædiis pauperiem fecerint animalia, agitur actione pignoris capioni Romanorum simillima, scilicet, *la mise en fourrière*. Vid. MERLIN, voc. *fourrière*.

transactionem faciendam eo lubentius quandoque loquebantur, quod in bonæ fidei judiciis condemnatus infamia notabatur.

II. *Editio et postulatio actionis* (1).

Quando actor et reus in jure pro tribunali Magistratus comparuissent, actionis editio, annuente Prætoris, fiebat ab actore, qui ita exponebat adversario, qua actione contra eum agere vellet; sic enim comparatum erat Prætoris edictum, ut diversissimis modis actionis editio fieri potuerit; cum haud raro, qui agebat, non unam, sed multas actiones haberet; sic v. g., si servus esset occisus, competeat actio tam legis Aquiliæ, quam legis Corneliæ; si res ablata esset, modo per vindicationem rei furtivæ, modo per pœnæ persecutionem, modo per conditionem, modo per actionem vi bonorum raptorum agi potuit.

Dum lege agebatur, maximum erat periculum actionem edendi, quo fiebat, ut antequam actio in jure institueretur, plebeii patricos adirent; *namque*, ut ait Gajus, *ex nimia subtilitate veterum, qui tunc jura condiderunt, eo res perducta est, ut vel, qui minimum errasset, litem perderet* (2). Tempore formularum autem talis non erat subtilitas; nam ex integro actionem instituere potuit is, qui

(1) Justiniani tempore, sublata cognitione Prætoris, actionis editio et postulatio ipsaque litis contestatio non coram Magistratu, sed coram iudice celebrabantur: inde litis contestationem non ad Prætoris cognitionem pertinere, falso, ni fallor, dixerunt quidam interpretes, ut infra videbimus.

(2) Gaj. IV. §. 30.

circa ejus causam erraverat (1). Exceptis tamen minoribus viginti quinque annis, litem semper perdebat, qui plus petierat. Justinianus demum non amplius voluit eum, qui aut re aut tempore, aut loco aut causa plus in actionis intentionem induxerat, causa cadere, sed alio modo rem ordinavit, et secundum Zenonis Constitutionem antiquas poenas reduxit (2).

Postquam actor, Magistratu jubente, causam actionis editæ notaverat, hanc, ut eam impetraret, solenniter postulabat a Præatore (3), qui pro auctoritate sua aut statim aut nonnisi re cognita, consentiebat eam petito modo institui, et qui quandoque etiam hanc denegare potuisse dicitur. Antiquissimis temporibus nemo potuit, exceptis mulieribus et pupillis, pro altero postulare: dein autem permissum fuit per cognitores aut procuratores agere. Actione impetrata, reus promittere debuit se in jus venturum certo die, quo cognitio fieret, in quod vadem dare debuit. Quas tamen personas in jus vocare sine venia Magistratus non licebat, has nec vadi-

(1) Gaj. IV. §. 55.

(2) §. 33. Inst. de act.

(3) Sic et apud Anglos judex nunquam olim, neque nunc in quibusdam casibus cognoscere potest, nisi prius, actione edita et postulata, petitor a Magistratibus, hac de re constitutis, (*la haute Cour de Chancellerie*) impetraverit formulam, *Writ original* dictam, quæ est decretum Regis nomine datum, quo constat hanc vel illam injuriæ persecutionem legitimam esse: propter ejusmodi potestatem illa Curia cæteris adeo præstare videtur, ut inde receperit nomen *Officina Justitiæ*. DELOLME p. 144. BLACKSTONE T. V. p. 4 et sq.

monio obligare permissum erat (1). Antequam vadimonium promitterent litigantes, reus contra actorem loqui solebat, ne Prætor ei actionem daret. Vadimonii, quo litigantes sese obligabant diversas species sic exponit Gajus : « *Fiunt vero vadimonia quibusdam ex causis pura, id est, sine satisfactione; quibusdam jurejurando; quibusdam recuperatoribus suppositis, id est, ut qui non steterit, is protinus a recuperatoribus in summam vadimonii condemnetur.* IV §. 185. Exceptis judicati et depensi causis, ultra summam quinquaginta millium, vadimonium fieri non potuit. Qui vadimonium deserbat causam perdebat, nisi vis major eum excusaret. Interpretes putant in tertium diem semper conceptum fuisse vadimonium, indeque *comperendinationem* vadimonio propriam esse, quod falsum est; cum Gajus hanc referat ad denutiationem, quam faciebant litigantes, ut, iudice dato, coram eo venirent, et ipse diem vadimonii non tertium, sed certum esse, id est, litigantium voluntate determinatum dicat, quod confirmat etiam exemplum ipsum vadimonii apud GELLIUM, quo contrarium defendunt illi; cum, si vadimonii dies vel a Prætore vel ab ipsis litigantibus non statutus, sed perendinus semper fuisset, vadimonium promittentes, ibi a Scipione non quæisivissent, quo die illud dari juberet; quod enim ex necessitate et consuetudine tertio die fieri debebat, absurdum erat petere, quando inter-

(1) Gaj. IV. §. 183-187 — §. ult. Inst. de pœna temere, etc.

ponendum esset (1). Concepto hunc in modum vadimonio, e jure discedebatur : vadimonii tempus, reo ita datum, sapientissime concessum fuerat; nam interea, adjuvantibus amicis, reus tentare potuit rem sine controversia transigere, aut se ad defensionem parare : inde ei erat spatium quoddam deliberandi, utrum consultius esset cedere an contendere.

III. Dies cognitionis. (Jour de l'instruction du procès).

Veniente die, quo res cognoscebatur, sequentia coram Præatore peragebantur : Magistratu sedente in tribunali, causæ ex ordine a præcone vocabantur, quod et hodie fieri solet, eoque citabantur litigantes : partes venire debebant : actor, non apparens, causa cadebat (*condamné par défaut*); litem enim deseruerat : reus vero non veniens vadimonium deseruisse videbatur, et in ejus summam, litis æstimationi plerumque æqualem, damnatus erat a Præatore, qui, postulante actore, ex edicto jubebat bona illius possideri. Sin uterque se in jure stitisset, singuli invicem his verbis sese quærebant : *ubi tu es, qui me vadatus es, quando te in jure conspicio, postulo an auctor ipse fias?* Sequebatur actionis, ab actore jam prius postulatae, intentio contra reum : dein Magistratus, ne partes temere litigarent, coërcebat earum calumniam diversis modis, quos supra exposuimus, et videre est apud Gajum (2). Præter poenas calumniæ, quæ apud

(1) Gellius VII. c. 1. — Gaj. IV. §. 15 et 184.

(2) Gaj. IV. §. 171-183.

Prætores et non apud judicem, ut existimabant interpretes, interveniebant, satisfactionis causa fiebant et aliæ stipulationes, quæ quidem diversæ erant, prouti judicium vel in rem, vel in personam conceptum erat, quibusque litigantes obligabant sese sententiæ judicis finali obtemperaturos (1). Durantibus formulis, si quis pro se in litem alterum substitueret, circa satisfaciendi et constituendi modum, accurate distinguebantur cognitor et procurator. Sublato cognitore a Justiniano, procurator, mandato simpliciter substitutus, satisfaciebat dominum ratam rem habiturum : legis actiones autem non permittebant alterius nomine aliquem agere, nisi pro pupillo, pro populo et libertatis causa. His factis, cum judici præscribenda esset formula, perspicue quidem concipienda a Prætores, ut concinnis verbis statueret facti vel juris quæstionem, de qua judex dijudicaturus erat; coram Magistratu, hanc juris vel facti formulam componente, accuratius fiebat litis expositio, quod agebatur ex utraque parte interrogationibus et responsionibus, quodque dicebatur litis contestatio, cujus naturam ita definiisse videtur CICERO in *Oratoriis partit.*, c. 28. : *atque etiam ante judicium, de constituendo ipso judicio solet esse contentio, cum aut, sit ne actio illi, qui agit, aut jam ne sit, aut num jam esse desierit, aut illane lege, hisne verbis sit actio, quæritur. Quæ etiam*

(1) Secundum præcepta juris civilis hodierni ejusmodi satisfactiones, quæ a quocumque litigante jure romano præstandæ erant, non exiguntur nisi a peregrinis. Code civil, art. 16.

si antequam res in iudicium venit, aut concertata, aut dijudicata, aut confecta non sunt, tamen in ipsis iudiciis permagnum habent pondus, cum ita dicitur : plus petisti, sero petisti, non fuit tua petitio, non a me, non hac lege, non his verbis, non hoc iudicio. — Quare de constituendis actionibus, accipiendis, subeundisque iudiciis, de excipienda iniquitate actionis, de comparanda æquitate, quod ea fere generis ejus sunt, ut quanquam in ipsum iudicium sæpe delabantur, tamen ante iudicium tractanda videantur, paululum ea separo a iudiciis tempore magis agendi, quam dissimilitudine generis. Hisce de litis contestatione dictis a CICERONE, eamque in jure factam, a iudicio ita separantibus, adjicere volo locum insignem Gaji, qui etiam adversatur opinioni eorum, qui litis contestationem non apud iudicem, sed apud Prætorem ponunt : tollitur adhuc obligatio litis contestatione; nam tunc obligatio quidem principalis dissolvitur; incipit autem teneri reus litis contestatione : sed si condemnatus sit, sublata litis contestatione, incipit ex causa judicati teneri. Et hoc est, quod apud veteres scriptum est, ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem facere oportere. III. §. 180. Hæc verba recte definiunt institutæ actionis processum; nam, cum intenditur debitorem dare oportere ante litem contestatam; apud Prætorem actionem edimus : formula autem intenditur debito-

rem condemnari oportere, non nisi re a Magistratu accurate cognita et ordinata, id est, post litem contestatam; unde, cum certum sit condemnationem a Prætorē (1) ante iudicium compositam esse, patet eo verius dicere litem contestationem, hanc præcedentem, apud Prætorem etiam et non apud iudicem obtinuisse. Contra hæc nihil facit l. 1. C. de litem cont., ubi litem contestatio ab Imperatoribus ANTONINO et SEVERO definitur, quia hæc a concinnatoribus corporis juris, sublata cognitione Prætoris, novæ agendi rationi accommodata est. Dein id non parum adjuvat hanc opinionem, quod ad rerum naturam maxime composita sit; cum inde solum explicetur, quomodo Prætor concipere potuerit pro singulis casibus propositis formulam maxime idoneam: nec contrarius sit FESTUS verbo *contestari*; « *contestari litem dicuntur, duo aut plures adversarii, quod, ordinato iudicio, utraque pars dicere solet, testes estote*. Ordinata enim causa dicebatur, quando, formula apud Magistratum concepta, res ad iudicem transferenda esset. Nunc de ratione agendi, coram Prætorē cognoscente, diversa quidem, prouti actum fuerat in rem vel in personam, quædam separatim dicenda sunt, brevissime quidem, cum de iis fusius suis singulis locis supra expositum sit.

(α) Si de rei proprietate vindicanda, aliove jure in re agebatur, primum locum habuit lis vindicia-

(1) Gaj. IV. §. 43.

rum, ut, lite durante, constitueretur aliquis, qui possideret: datis vindiciis illi, qui pro re satisdabat, tempore legis actionum agebatur sacramento, quo contra temere litigantem poena quinquaginta vel quingentis assibus statuebatur pro re et fructibus. Dum formulæ in usu erant, duplex erat forma agendi in rem; actio enim instituebatur aut sponsione præjudiciali aut formula petitoria: huic satisfactionis causa accedebat stipulatio judicatum solvi; illi, ea pro præde litis et vindiciarum (1). Extraordinariis factis actionibus, possessor nullam satisfactionem dare compellebatur; sed tantum promittebat, se usque ad terminum litis permansurum.

(b) Si actio in personam institueretur, quum lege agebatur, obtinebat etiam sacramentum aut condictio. Formulis vigentibus, haud raro sponsionibus

(1) Doct. REGENBRECHT, in elegantissima commentatione p. 19. ad l. 36 D. *de adq. rer. dom.* errasse mihi videtur circa originem et indolem formulæ petitoriæ, quam a rei vindicatione omnino separat, tanquam propriam petendis rebus, quæ in bonis tantum erant: neque ipse, ni fallor, intellexit locum in Verr. act. 2. l. c. 45., ubi defendit Ciceronem locutum esse de duplici via rem vindicandi, confundens ita satisfactionem pro præde litis et vindiciarum, sponsioni accedentem, cum altera formula, qua res petita fuisset. Quod autem CICERO, loco citato, ne verbo quidem commemorat formulam petitoriam, hoc non factum est eo, quod nondum hæc extiterat, sed eo, quod non hac, sed nonnisi legis actione, extantibus etiam formulis, certaretur apud centumviros qui soli, ut videtur, de hæreditate et testamentis dijudicabant. Gaj. IV. §. 31.-91. 95. Cic. l. c. 38. de Orat.

lis exercebatur. In his maxime actionibus in usu erant exceptiones et præscriptiones, ad formulam rite concipiendam, coram Prætore proponendæ: in bonæ fidei judiciis tamen, quin formula continerentur, illæ a iudice admittebantur. Deinde interponebantur stipulationes, si quis alieno nomine ageret, aut si persona, proprio nomine agens, suspecta, vel si actionis causa turpissima esset. Controversia hunc in modum ita definita, ut de veritate inquirere facile esset, litigantes iudicem postulabant.

IV. *Dies dationis iudicis postulati.*

Judex a Prætore non dabatur eodem die, quo postulatus fuerat. Hoc quidem vetustissimis temporibus ita observabatur; sed jam lege Pinaria statutum erat, ut nonnisi post triginta dies litigantibus reversis iudex addiceretur (1). Ita fortasse cavere voluerant veteres Romani, ne nimia festinatione partes ad lites et inimicitias raperentur, indeque non haberent otium paciscendi. Reipublicæ tempore et sub prioribus Imperatoribus, secundum liberam rei judicariæ formam iudices distincti erant a Magistratibus; erant cives omnium ordinum in album relati, ut ex illis, pro diversa singularum causarum natura, ad dijudicandam rem, quidam postulari et eligi possent. Cognoscebant autem de lite ordinata, iudex, arbiter, recuperatores, centumviri, de quorum omnium diverso significato quædam primum monere juvat; cum hac de re opinio vulgaris probanda mihi non videatur.

(1) Gaj. IV. §. 15.

Judex dabatur in omnibus causis certæ pecuniæ, id est, quoties secundum stricti juris formulam simpliciter respondendum esset ad hanc quæstionem : an debeatur nec-ne ? Hic, judicio incepto, secundum Proculeianos condemnare debuit ; absolvere autem semper potuit secundum Sabinianos (1). Arbitraber dabatur quoties incertæ pecuniæ erat judicium, id est, in bonæ fidei et arbitrariis actionibus, inter quas hæc erat differentia, quod in illis formulæ condemnationi inserta erat ab actore taxatio, ultra quam non dijudicaret, in aliis vero infinita esset ejus potestas, cum ex bono et æquo plus minusve ei condemnare liceret (2). Quum arbiter aut judex postulabatur, non plures, sed unus datus fuisse videtur contra id, quod putant interpretes ; nam præter innumeras formularum conceptiones, in codice nostro contentas, in quibus non nisi de uno judice dato sermo est, Gajus hanc ob causam etiam opponit judicia sub uno judice accepta recuperatoriis, in quibus plures erant judices, solaque legitima illa declarat, quod probat si per recuperatores non ageretur, in usu fuisse, ut nonnisi unus judex addiceretur (3) : contra hæc nihil faciunt multa scriptorum veterum loca, ubi de pluribus judicibus mentio occurrit ; cum hæc ad publica vel centumvirorum vel recuperatorum judicia spectent. Recuperatores,

(1) Gaj. IV. §. 114.

(2) Gaj. IV. §. 48-52.

(3) Gaj. IV. §. 32. 36. 37. 43. 47. 49. 105. 109.

de quibus supra jam locuti fuimus, dabantur, plures quidem et in omnibus causis, ubi *statim* statuendum erat, quantum præstandum esset, et eo sæpius, quod *contra Prætoris edictum aliquid factum fuisset*. Ita videmus ubique de recuperatoribus agitur, eos semper in ejusmodi controversiis electos, maxime intervenisse in interdictorum causis: verisimile est, hos non desumptos fuisse inter judices in albo designatos, sed inter cives quoscumque, præsentis fortasse, et experientissimos in re, de cujus æstimatione apud eos agebatur. Hisce a judice et arbitro maxime distincti mihi videntur recuperatores (1). Inter cæteros judices maxime eminent centumviri, constantes 105 personis e XXXV tribubus Romæ electis. Gajus nos edocet, quod hactenus ignotum erat, et introductis formulis, semper apud eos servatam fuisse antiquam agendi rationem per legis actiones. Quamvis vulgo dicatur minime certum esse quibus de causis dijudicaverint, satis perspicue tamen rem exponere mihi videtur CICERO sequentibus locis: « *nam volitare in foro, hæerere in jure ac Prætorum tribunalibus judicia privata magnarum rerum obire, in quibus sæpe non de facto, sed de æquitate et jure certetur, jactare se in causis centumviralibus, in quibus usucapionum, tutelarum, gentilitatum, agnationum, alluvionum, circumlucio-*

(1) Sic recuperatores similes sunt iis judicibus, quos Gallice dicimus: *taxateurs jurés*, ou espèce d'experts décidant d'une manière sommaire. — Vide Gaj. IV. §. 46. 141. 185.

num, nexorum, mancipiorum, parietum, luminum, stillicidiorum, testamentorum ruptorum aut ratorum, cæterarumque rerum innumerabilium jura versentur; cum omnino quid suum, quid alienum, quare denique civis aut peregrinus, servus aut liber quispiam sit, ignoret, insignis est impudentiæ (1). Ex his exemplis conjicere permissum est ad judicium centumvirale delatas fuisse causas graviores, et quidem omnes, ubi quæstiones juris occurrebant; nam in diversis formularum exemplis, quæ apud Gajum leguntur, et ex quibus judicem, arbitrum, recuperatoresve dijudicare videmus, in iis omnibus magis de facto aut eo, quod interest, quam de jure cognitio instituenda erat: ad illos non spectabant nisi negotia, ubi futuræ sententiæ conditio, e jure certiori pendens, facti, verbis formulæ expressi, inquisitione resolvi poterat: si vero de jure certatum, et quæstio nonnisi accurata juris civilis præceptorum interpretatione definienda, quales illæ a CICERONE enumeratæ, mittenda hæc non erat ad iudices privatos, juris scientiæ imperitos; sed, his exclusis, ad centumvirorum collegium, jurisconsultis compositum. Frustra objiceres omnes juris quæstiones supra non esse comprehensas; exemplorum enim instar eas adduxit CICERO, quod ipse indicat adjiciendo: « in hoc judicio *cæterarum rerum innumerabilium jura et omnino quid suum, quid alienum, versari: erraverunt*

(1) CICERO *de orat.* I. c. 38.

ideo interpretes, qui causas centumvirales ad causas supra indicatas restringebant. Nonne opinionem hanc, qua a cæterorum judiciorum, centumvirorum jurisdictio naturali ratione separatur, confirmat adhuc ille dicens alio loco, *causas centumvirales maximas et in jure positas* (1)? Si hæc esset controversiæ natura, ut de ea cognoscere deberent centumviri, Prætor iis illam dijudicandam delegabat: an sub quadam formula, incertum est? Recuperatores sine mora statim concessi fuisse videntur: si vero judex, arbiter, die cognitionis jam postulatus et, ut verisimile est, intra dies a Præторе vel ipsis litigantibus præmonitus, solenniter dandus esset, Prætor addicebat eum ipsum, quem elegerant, aut quem, iis dissentientibus, ipse sorte dederat. Cum judicis munus publicum esset, judex, in quem ita contraxisse videbantur partes, etiam invitus obtemperare debuit, acceptaque formula actionis, qua quæstio dijudicanda præscribebatur, jurabat se ex animi sententia judicaturum esse, indeque ejusmodi judex privatus recentioribus temporibus, juratus, *juré*, dictus est. Constituto judice, non statim peragebatur judicium, sed hoc ad diem alterum proferebatur; cum litigantes, antequam discederent a Præторе, sibi invicem denunciabant, ut ad judicem venirent hoc vel illo loco, die comperendino, unde *comperendinatio* vocabatur hæc altera rei judiciariæ prorogatio (2).

(1) De orat. I. c. 56.

(2) Gaj. IV. §. 15. — Asconius in Verrin. I. c. 9.

V. *Disceptatio coram iudice dato* (1).

Die statuto, iudex et litigantes ad locum indicatum se conferebant: si ob legitimam causam iudex non adesset, iudicii dies proferebatur et *diffensus* dicebatur, qua de re lege XII tabularum cautum fuerat. Quando litigantium unus in iure se haud sisteret, nec justam excusationis causam afferret, absens edicto citabatur: altera pars enim petebat edictum primum, dein per intervallum non minus decem dierum alterum, et tertium denique impetrabat, quod *peremptorium* dicebatur, quia perimebat disceptationem; cum non permitteret ultra adversarium tergiversari, cominabatur enim is, qui edictum dederat, etiam

(1) Quamvis proposito nostro res aliena sit, præmonere tamen curiosum videtur, uti in iudiciorum ordine Romanorum tres partes præcipuæ distinguuntur, sic et in re iudiciaria Anglorum, tot actus separatos esse; etenim formas ad *in jus vocationem* spectantes, appellant *le procès: cognitioni* Prætoris seu *litis contestationi*, unde definiebatur quæstio juris vel facti a iudice iurato cognoscenda plane respondent *les plaidoiries*, quarum conclusio, per *formulae conceptionem* apud Romanos significata, ab Anglis *l'issue* dicitur: hunc sequitur tertius actus, nimirum *iudicium*, quod, uti apud illos est cognitio *formulae conceptæ*, sic et apud hos vocatum *trial*, nil aliud est nisi investigatio accurata circa *l'issue*. Inde demum veniunt apud singulos *iudicis sententia et hujus executio*. Ex hac de processu rei iudiciariæ Romanorum et Anglorum similitudine, quam in peculiaribus formulis vel actibus etiam esse jam observavi, inducere non volui hanc oriri ex imitatione juris romani, quod apud eos vix unquam cognitum est, potius autem ex naturali rerum humanarum incessu: mirum est enim Anglos, rejecto jure romano, observare volentes proprium quod-

absente adversaria parte, cogniturum se : (1) attamen is, contra quem pronuntiatum fuerat iudicium, non ideo semper litem amittebat; res enim dijudicabatur, et si absentis causa bona esset, vincere potuit. Cum iudex, ex privatis civibus omnium ordinum electus, plerumque juris non esset peritus, in consilium frequenter adhibebat amicos quosdam, Jurisconsultos vel juris studiosos, qui cum eo in subselliis sedebant. Antequam litigantes ipsi vel eorum patroni causam accurate perorarent, hi prius solebant breviter et quasi per indicem rem exponere : unde in iudicio duæ sunt partes distinctæ, *causæ collectio et peroratio* (2). Probationes dein fiebant testibus, instrumentis et jurejurando. Omnia ante occasum solis absolvenda erant; alias iudex

dam jus civile, quod erueretur e Majorum suorum moribus, quibus, uti olim Romani, tenacissime inhærebant, ampliatis postea vitæ necessitatibus, cum, in jure condendo, easdem, quas Romani dein experti essent difficultates, iisdem, ut eas levarent, usos esse mediis, v. g., fictitiis actionibus, indeque, natura gubernatrice, sæpissime similia recipientes, nunc circa juris civilis elementa fere in statu eo versari, quo ipsi Romani erant extremis Reipublicæ liberæ temporibus. Ex his itaque probatur non contemnendum studium rei judiciaræ Romanorum, neque hanc, ut nonnulli fortasse existimarent, esse plane alienam a moribus nostris; cum præcipuæ ejus agendi formæ, pro temporum ratione mutatæ quidem, adhuc usurpentur apud populum illum, cujus liberaliora instituta mirari solemus. CUSTANCE, p. 309. DELOLME, p. 127 et suiv. *Constitution d'Angleterre.*

(1) L. 68. 63. 70. D. de judiciis. (2) Gaj. IV. §. 15.

dicebat *sibi non liquere*, quo facto cognitio rursus instituenda et ad alium diem transferenda. Si res obscura non erat, sententia ferebatur, absolvendo vel dicendo *videri* jure hoc factum fuisse vel non factum fuisse, indeque reum condemnandum esse. Formularum tempore, ex condemnatione, formulæ inserta, potestatem suam intelligebat judex; inde maxime in eo esse debuit, ut ad illam respiceret; nam si in judiciis strictis, quorum condemnatio certæ pecuniæ erat, majoris vel minoris condemnasset, litem suam faciebat. Item erat, si in bonæ fidei judiciis, ultra taxationem, aliquid adjecerat (1). Abolitis formulis, non amplius hoc modo circumscripta fuit judicis potestas; cum ipse secundum actionis institutæ naturam majus vel minus condemnaret, ipsique liceret corrigere errores, quos in judicio deprehendebat. Sententia pronuntiata, judex esse cessabat, et rei executio ad Prætorem spectabat.

VI. *Judicis sententiæ executio.*

Dum lege agebatur, simulatque res dijudicata erat, sententiæ satisfaciendum fuit; inde post triginta dies, ex quibus, quis damnatus fuerat, persecutio fiebat per manus injectionem pro judicato, actorique debitor obæratu addicebatur. Abrogatis legis actionibus, manus injectio pro judicato non amplius usurpabatur; sed ex judicati causa actio in duplum crescebat, et in damnati bonorum possessionem missio a Magistratu mittebatur, ut hæc dein vende-

(1) Gaj. II. §. 52.

rentur (1). Justiniani tempore, sublata actione in duplum judicati causa, simpliciter agebatur contra damnatum per pignoris capionem et bonorum ejus venditionem.

VII. *Provocatio. — De l'appel.*

Vigentibus legis actionibus, nulla provocatio obtinebat, cum, qua de re semel actum fuerat, de ea non amplius postea agere liceret: feroces enim Patriicii per appellationem suo judicio injuriam fieri existimassent. Formularum autem tempore, res difficilior videtur; cum Gajus, prouti actum fuerat judicio legitimo, vel eo, quod imperio continebatur, exponat, qua de re hoc vel illo modo semel judicatum fuerat, de eadem non amplius agere licuisse; cum ita quandoque ipso jure, quandoque exceptione rei judicatæ extincta fuerit actio; attamen ante Gajum jam ad Præfectos Urbis et maxime ad Imperatores provocatum fuisse probat SÜETONIUS in *Aug.* c. 33: „*appellationes quotannis urbanorum quidem litigatorum Præfecto delegavit urbis.* Imo in oratione Mæcenatis, ad Augustum habita, sequentia occurrunt: „*ipse autem cognosces de causis, in quibus provocatio facta est, aut quæ a Magistratibus majoribus, a Præfecto urbis, Præfectis prætorio ad te remittuntur. Nemo enim ullus ita summam judicandi et imperandi potestatem obtinere debet, ut non ab eo provocari possit. Adhibere autem debes ad ea judicia præstantissimos*

(1) Gaj. III §. 77. IV. §. 171.

quosque senatorii Equestrisque ordinis viros (1). An fortasse sententia, a iudice pronuntiata, vim rei iudicatæ, de qua loquitur Gajus, habebat nonnisi post triginta dies, datos ad pecuniam expediendam, et intra hoc tempus appellationem interponere licebat? Simulatque Imperatores jus dicere cœperunt, quandoque pessimus fuit rei iudiciariæ, olim liberæ, status; cum turpissimi quidam Imperatores per libidinum ministros et liberos litium eventus vendiderint (2). Ita jam ab Augusti tempore repetere licet originem hujus conventus, initio quidem privati, qui vero, secundum celeberrimum MALBLANC, quem hac de re assidue secutus sum, demum inducere cœpit naturam et indolem collegii perpetui et publici, tam politicis quam judicialibus causis destinati, sub nomine *Consistorii*, vel *Auditorii* tempore Imperatoris Hadriani, qui illud perfecit maxime propter continuas suas peregrinationes (3). In hoc consilio diversis temporibus eminuerunt Jurisconsulti, qui responsis suis non solum juris scientiam perficiebant; sed et iudiciorum fidem fractam maxima virtute et libertate restituebant. His provocandi modis adjici etiam potest, quasi provocationis remedium, in integrum restitutio, quæ obtinebat, quum in actione accipienda vel defendenda quis lapsus erat, et post sen-

(1) DIO CASSIUS. LII. c. 33.

(2) LAMPRIDIUS *in Commod.* c. 14.

(3) Sub Consistorii nomine veniebat hoc consilium, quod vocamus, *Conseil-d'État*; sub Auditorii autem, illud, quod vocatur *Cour de Cassation*.

tentiam latam, justas excusationis causas afferebat; aut cum quis minor erat, et ei dabatur potestas litis retractandæ vel redintegrandæ. Quandoque etiam cum iudice ipso, de re iudicata agebatur, exempto e lite altero adversario, qui vicerat, si hic litem suam fecisset, quia potestatis suæ fines egressus erat: in iudicem dabatur etiam actio altera, si dolo malo, et in fraudem legis sententiam dixisset. Ex his duabus causis maxime a re iudicata fiebat provocatio, actionibus extraordinariis factis: nam sub Constantino et ejus successoribus, iudex non amplius inter cives privatos a litigantibus ipsis eligebatur; sed iudicis officium degeneraverat in munus quoddam perpetuum, a Principe concessum, quod, procul a Regia urbe, maxima perfidia et avaritia plerumque exercebatur: adde quod, paucioribus viris exceptis ab universa barbarie, quæ Imperium romanum invaserat, iudices propter ignorantiam haud raro peccabant; cum maxime hoc tempore esset legum et constitutionum multitudo, in dies magis adcrescens, quæ desiderasset homines ad juris scientiam difficili studio imbutos (1).

(1) Cfr. MALBLANC, p. 44. *Conspectus rei judiciariæ*.

FINIS.

ARGUMENTORUM SERIES.

Ratio inquisitionum circa quæstionem
propositam..... Pag. v— viij

CAPUT I. *De legis et fictitiis actionibus.*

§. 1. Introductio ad legis et fictitias actiones. i— 6

SECTIO I. *De legis actionibus.*

§. 2. Legis actionum natura..... 6— 14

§. 3. Diversæ legis actionum species..... 14— 38

1º. Sacramentum..... 14— 23

2º. Judicis postulatio..... 23— 25

3º. Condictio..... 25— 27

4º. Manus injectio..... 27— 34

5º. Pignoris capio..... 34— 38

§. 4. Legis actionum origo, progressus et
interitus..... 38— 51

SECTIO II. *De fictitiis actionibus.*

§. 5. Fictitiarum actionum natura et divisio. 51— 64

CAP. II. *De Formulis.*

§. 1. Formularum indoles..... 64— 71

§. 2. Earum divisio in formulas in jus et
in factum..... 71— 78

§. 3. De formularum partibus et aliis ver-
borum adjectionibus, quippe ex-
ceptionibus et præscriptionibus.... 78— 88

§. 4. De condemnatione certæ vel incertæ
pecuniæ..... 88— 98

§. 5. De periculo actoris, qui plus formula
complexus est..... 98— 102

§. 6. De compensatione et deductione in
strictis et bonæ fidei judiciis..... 102— 108

§. 7. De actione contra eos, qui in manu mancipiove sunt.....	Pag. 108—112
§. 8. De his, per quos agere possumus..	112—120
§. 9. De Satisfactionibus.....	120—129
§. 10. De pœna temere litigantium.....	129—140
§. 11. De in jus vocando.....	140—145
§. 12. De judiciis legitimis et iis, quæ impe- rio continentur.....	145—153
§. 13. De interdictis.....	153—179

CAP. III. *Præcipua comparationis momenta*

<i>Gaji cum Justiniani Institu- tionibus, circa actiones.</i>	180—201
--	---------

CAP. IV. *Illustratio historica ordinis judi- ciorum privatorum.*

§. 1. Introductio.....	202—204
§. 2. Generalia quædam de origine illorum.	204—206
§. 3. Brevis descriptio singulorum rei judi- ciariæ actuum.....	206—232
1°. In jus vocatio.....	206—209
2°. Editio et postulatio actionis....	209—212
3°. Dies cognitionis.....	212—217
4°. Dies dationis judicis postulati....	217—222
5°. Disceptatio coram judice dato....	222—224
6°. Judicis sententiæ executio.....	224—225
7°. Provocatio à Judicis sententiâ....	225—227

FINIS.

41. 15 = 5?



Dupont, Everard

Disquisitiones in commentarium IV Institutionum Gaii, recenter repertarum

Lugdunum Batavorum 1822

J.rom.f. 23 h

urn:nbn:de:bvb:12-bsb10566258-2